

فلسفه قانونگذاری در اسلام

دکتر ضحی محمسانی

ترجمه

اسماعیل گلستانی



لتحميل انواع الكتب راجع: (مُنْتَدَى إِقْرَأِ الثَّقَافِي)

براي دانلود كتابهاي مختلف مراجعه: (مُنْتَدَى اقرا الثقافى)

بۆدایەزانانی جزیرەها کتیب:سەردانی: (مُنْتَدَى إِقْرَأِ الثَّقَافِي)

www.lqra.ahlamontada.com



www.lqra.ahlamontada.com

للكتيب (كوردی , عربي , فارسي)

دکتر ضحیٰ محمّدی

فلسفہ
قانونگذاری و اسلام

ترجمہ
اسمیل کاشانی



مؤسسۂ انتشارات امیرکبیر
تہران ۱۳۵۸

مقدمه مترجم

مؤلف این کتاب استاد صبحی محمدصافی از حقوقدانان برجسته لبنان واز وکلای مبرز دادگستری، همچنین از استادان حقوق در دانشگاههای بیروت است. اطلاع وسیع مؤلف به فقه اسلامی و آشنائی او به حقوق بین المللی و تطبیقی و همچنین خدمات و سابقه قضائی او دست بدست هم داده و اثر جالبی بوجود آورده است. میتوان ادعا کرد که قسمت عمدهای از مطالب این کتاب برای بسیاری از علاقه مندان به فقه و حقوق اسلام جالب و مفید خواهد بود. خواننده محترم پس از مطالعه این کتاب، به روش قانونگذاری مذاهب مختلف اسلامی بیشتر آشنائی خواهد یافت و این بهترین پاداش و مزد مترجم است.

مترجم در زمینه های مابهیت قانون و کیفیت قانونگذاری و لزوم تطور و تکمیل قوانین، همچنین در اصول تشریع در مذهب شیعه و ادله عقلی مطالبی تهیه کرده بود تا بصورت پاورقی و مقدمه بر این کتاب بیفزاید. بعدها صلاح در این دیده شد که بصورتی جداگانه منتشر شود، تنها به آوردن پانویس هایی چند، که لازم مینمود، اکتفا شد.

اسلامی خصوصاً مذهب حنفی و سایر مذاهب سنی و قوانین جدیده مانند قوانین لبنان و انگلیس و فرانسه بحث نماید، پس از این کتاب، انتشار دهم. توفیق از خدا است در آغاز و انجام.

بیروت اول تشرین الثانی ۱۹۴۵

صبحی رجب محمصانی

الهام بخش قاضی خواهد بود.

مصر بدین ترتیب دارای قوانینی از آن خود گردید و باالغای محاکم مختلط از ۱۵ حزیران ۱۹۴۹ که بموجب پیمان مونتر و مصوب سال ۱۹۳۷ انجام گرفت استقلال قضائی خود را بدست آورد.^۱

ترکیه

چگونگی دوره‌های قانونگذاری در ترکیه و اقتباس از قوانین غربی و تدوین مجله احکام عدلیه و تعدیلاتی که پس از آن اتفاق افتاد قلابیان شد، اینک باختصار به تعدیلهائی که بعدها در قانونگذاری ترکیه راه یافت اشاره می‌کنیم.

نضت ترکیه با انقلاب حزب ترکیه جوان علیه روش سیاسی دوران عبدالحمید آغاز گردید. این انقلاب منشأ اصلاحاتی بزرگ شد و دو مرتبه حکومت پارلمانی را به سال ۱۹۰۸ به ترکیه برگرداند. از آن روزگار ملت ترکیه به تجدید طلبی گرائید و تقلیدهای موروثی را بدور افکند. عده زیادی آشکارا خواستار اصلاح شدند و برخی از آنان مانند محمد عبدالله افندی پیشنهاد کردند که برای حفظ تمایلات ملی قرآن را به ترکیه ترجمه کنند.

هنگامیکه کشور ترکیه به رهبری مصطفی کمال پاشا ملقب به اتاترک - بنیانگذار ترکیه نوین - در قیام ملی خود پیروز شد، اصلاحات بشکل تازه‌ای جلوه‌گری نمود، دستگاه خلافت باضمه حلال و انهدام کشیده و خصوصیات غیر ترکی از میان برداشته شد. همینکه ترکان در سال ۱۹۲۳ پیروزمندانه پیمان لوزان را بستند، در بیست و نهم تشرین اول همان سال با ابقاء خلافت عبدالمجید افندی رژیم جمهوریت

۱- در وضع قانونگذاری و رژیم دولتی مصر تاکنون دو گروهیهای فراوانی پدید آمده که ما بلحاظ ضیق وقت وارد بحث در آن نمیشویم - مترجم.

ترکیه را اعلان کردند .

در اوائل سال بعد ، مقام خلافت و منصب شیخ الاسلامی و محاکم شرعی ملغی گردید و همگی افراد خاندان عثمان از ترکیه بیرون رانده شدند و همچنین در سال ۱۹۲۵ جمعیت های ارتجاعی از قبیل مولوی ها و بکتاشی ها و غیره منحل گردید و پوشیدن شاپو اجباری شد . و سپس ترجمه قرآن به ترکی و تبدیل حروف عربی به لاتینی آغاز گردید و زبان ترکی تا سرحد امکان از زبانهای خارجی اعم از عربی و زبانهای دیگر خالی شد .

از لحاظ قانون گذاری انقلابی سترک و سریع صورت گرفت . ترک ها به تصریح محمد اسعد بیک^۱ وزیر داد گستری وقت ترکیه ، میخواستند بدون اتلاف وقت و تحمل رنج یکی از قوانین تازه اروپائی را انتخاب و به ترکی ترجمه کنند و بدون بحث تفصیلی آنرا به تصویب مجلس نمایندگان برسانند . همانطوریکه ناپلئون قانون خود را ، یکجا و بدون هیچگونه بحث و مناقشه به تصویب رسانید . بدین ترتیب ترکان می توانستند دارای قانونی آماده و پرداخته با شرح و تفسیر و سابقه تاریخی شوند . از اینرو بسال ۱۹۲۶ قانون الزامات کشورهای منحلده سوئیس و سپس قانون مدنی سوئیس^۲ بدون تعدیل قابل توجهی در ترکیه پذیرفته شد . و عبارت روشنتر ، قانون مدنی ترکیه همان قانون مدنی سوئیس با اندکی تعدیل است . مثلاً در ترکیه سن بلوغ هیجده سال تمام (ماده ۱۱) ولی در سوئیس بیست سال تمام (ماده ۱۴) است .

با این ترتیب مجله احکام عدلیه و کلیه احکام شریعت اسلام در این کشور لغو شد . و بحکم قوانین فعلی ترکیه ، زن و مرد در ارث و درخواست طلاق ازداد گاه ،

۱- برای این تصریح مراجعه کنید به کتاب کنت استرور و گ بنام « اصلاح آنکارا » ،

(The Angora reform) ، لندن ، ۱۹۲۷ ، ص ۸۶-۸۷ .

۲- این قانون را آقای خالد شاه بندر در بغداد به عربی ترجمه کرده است .

با ارائه دلائل موجه ، از حقوق مساوی برخوردارند ، و همچنین تعدد زوجات ممنوع است و ازدواج با وجود اختلاف دینی زن و مرد ، مجاز و قانونی است .

البته در ترکیه دین رسمی دولتی اسلام است . اما دین را از قانون جدا کرده و آنرا مخصوص به عقائد و ایمان افراد دانسته اند ، در حالیکه قانون از روحانیت جدا و از وظائف دولت است و هیچگونه ارتباطی با دین و مردان دین ندارد .

در اینجا ناگزیر از گفتار و تحسین این مطلب هستیم که اخیراً آموزش های دینی بمدارس ترکیه اعاده شده و خواندن اذان بزبان عربی مجاز گشته است . و این امر برای ارضاء تمایلات اکثریت بیست و یک میلیونی مردم مسلمان این کشور بوده است .

جمهوری لبنان

لبنان در زمان پیشین نام کوهی در سرزمین شام (سوریه) بود . و در دوران حکومت عثمانیها مخصوصاً از پروتکل سال ۱۸۶۴ بعد از خود مختاری داخلی بر-خوردار بود ، و پیوسته از این سرزمین های فراز عرب نشین ، مردان زیادی برخاسته اند و به زبان و ادبیات عرب خدمت های برجسته ای کرده اند و به نشر آن پرداخته اند ، چه مردم لبنان به فرهنگ و دانش مشهورند ، همانطوریکه در میهن دوستی و بیدار نمودن احساسات ملی اشتهار دارند و شاعر لبنانی مرحوم ابراهیم بازجی در قصیده خود : «هوشمند باشید و از خواب برخیزید ای امت عرب» این خصیصه ملی را جاویدان کرده است . پس از پایان جنگ جهانی اول ، لبنان تحت حمایت فرانسه قرار گرفت . در سال ۱۹۲۰ پس از پیوستن قسمتهائی از ساحل و بخشی از سرزمینهای داخلی^۱ باین کشور ، استقلال آن بنام لبنان کبیر و نیز در سال ۱۹۲۶ رژیم جمهوری در آن کشور اعلان گردید و مقرر شد که رئیس جمهور آن لبنانی و با انتخاب فرانسه باشد .

۱- در این مسأله بکتاب « بقطعة العرب » ، از ژرژ انتونیوس ، ترجمه آن به عربی بوسیله زکابی ، دمشق ۱۹۴۶ ، ص ۴۰۶ و ما بعد آن مراجعه فرمائید .

بعدها نظارت فرانسه در انتخاب رئیس جمهور ملغی گردید و پس از يك شورش خونین معروف در نهم تشرین دوم ۱۹۴۳ برای بار اول و در هفتم کانون اول ۱۹۴۳ برای بار دوم و در ۲۱ کانون دوم ۱۹۴۷ برای بار سوم تعدیلاتی در قانون اساسی لبنان انجام گرفت .

دولتهای بزرگ استقلال کامل لبنان را برسمیت شناختند و لبنان در کنفرانس جامعه دول عربی در قاهره و امضاء پیمان آن بمورخ ۲۲ آذر ۱۹۴۵ شرکت کرد. و نیز بتاريخ ۲۶ حزیران ۱۹۴۵، نماینده لبنان در کنفرانس سانفرانسیسکو حضور یافت و منشور سازمان ملل متحد را امضاء کرد^۱. و بموجب مادتين ۳ و ۷۸ پیمان مذکور لبنان به عضویت سازمان ملل در آمد و دولتی مستقل و آزاد شناخته شد .

بدنبال این قضایا دولت لبنان از کلیه حقوق حاکمیت ، از قبیل حق دفاع و حق داشتن نماینده سیاسی در دیگر کشورها ، بهره مند گردید و در تاریخ ۳۱ کانون اول سال ۱۹۴۶ کلیه ارتش های بیگانه از سرزمینهای لبنان بیرون رفتند و از طرف مجلس نمایندگان قانون الغاء داد گاههای مختلط بتصویب رسید .

نفوس لبنان در حال حاضر ، نزدیک يك میلیون و سیصد هزار نفر است که نصف بیشتر آن از طوائف مسیحی و بقیه از طوائف اسلامی هستند و همگی بهم پیوسته و در جمهوری کوچک خود در صفا و سازش زندگی میکنند و از يك قانون اساسی و مجلس قانون گذاری و دادرسی یکسان فرمان میبرند و اساس دموکراسی و برابری و دادگری بر آنان حکومت دارد . فقط در برخی مسائل احوال شخصی هر قومی تابع احکام و محاکم خاص خود میباشد و در بعضی مسائل دیگر از قبیل اوقاف و موارث و نفقات و حجر و نظائر اینها به مذهب حنفی عمل میشود . همچنین در مسائل مربوط به فتوی و دادرسی

۱- مجلس نمایندگان لبنان در جلسه ۴ ایلول سال ۱۹۴۵ به قانون مورخ ۲۵ ایلول

۱۹۴۵ ، آنرا تنفیذ کرده است.

شرعی مربوط باحوال شخصی در میان سنیان به مذهب حنفی رفتار میشود. و در این اواخر دولت لایحه قانونی مخصوصی برای ارث و برخی از احوال شخصیه آماده کرده و هم اکنون مورد مطالعه و بررسی است.

از نظر قانون مدنی، لبنان از قوانین عثمانی و مجله احکام ۶-دلیه پیروی میکرد و پس از آنکه لبنان تحت الحمايه فرانسه قرار گرفت، مقامات دولتی متدرجاً به وضع قوانین و قرارهای قانونی در مسائل گوناگون بصورت مستقل و گاهی با یاری حکومت محلی در این کشور دست زدند.

در حقیقت قوانین و فرمانهای زیادی بصورت عام و خاص صادر گردید که مهمترین آنها عبارتند از: قانون مالکیت، قانون الزامات و عقود، آئین دادرسی مدنی، قانون بازرگانی، قوانین کیفری و قانون تشکیل دادگاههای شرعی^۱.
قانون مالکیت بوسیله کمیسر عالی فرانسوی طی فرمان شماره ۳۳۳۹ در دوازدهم تشرین دوم ۱۹۳۰ - که در نشریه رسمی ۳۱ کانون دوم سال ۱۹۳۱ مندرج است - در ۲۷۰ ماده صادر گردید، که در اموال غیر منقول و حقوق عینی و انتفاعی و ارتفاقی و رهن و گرو و غیر آنها و چگونگی حصول و انتقال و اسقاط اینگونه از حقوق بحث میکند.

این قانون بعلاوه فرمانهای پیشین مربوط به تحدید و ثبت املاک^۱ و همچنین تعدیلهائی که بعداً در آن روی داد، رویهمرفته امروزه قانون «مالکیت»^۲ لبنان را تشکیل میدهد. بدین ترتیب کلیه احکام پیشینی که با قانون جدید سازش نداشت، منسوخ شد. مثلاً از مجله احکام عدلیه مسائل مربوط به شفعه و «دیوارها و همسایگان» و دیگر حقوق عینی لغو گردید. و از آن پس برخی از مواد این قانون تعدیل یافت،

۱- فرمانهای شماره ۱۸۶-۱۸۹ صادره ۱۵ آذر ۱۹۲۶ و تعدیلات آنها.

۲- این قانون در سوریه اجرا میشد و با قانون مدنی سوریه به سال ۱۹۴۹ لنوشد.

خصوصاً با قانون مصوبه پنجم شباط ۱۹۴۸^۱ که مربوط به شفعه بود.

در سال ۱۹۲۵ دولت، قاضی فرانسوی آقای روپرس^۲ را مأمور نوشتن و تهیه قانون موحدات و عقود کرد، سپس نتیجه کارهای او را به استاد لوئیس ژوسران رئیس دانشکده حقوق در دانشگاه لیون و مستشار سابق دیوان عالی کشور فرانسه و صاحب تألیفات و نظریات مشهور در قانونگذاری فرانسه^۳ عرضه کرد. ژوسران آنرا با تغییرات اساسی مجدداً نگاشت و بصورت طرحی تازه در آورد و این طرح به انجمن مشورتی قانونگذاری لبنان برده شد و بوسیله انجمن مزبور تنقیحات لازمی بروفق قوانین عمومی و عرف محلی در آن بکار رفت، برخی از مواد حذف و برخی تعدیل گردید^۴، و سپس به مجلس قانونگذاری لبنان تقدیم شد و مجلس آنرا تصویب کرد و مقرر داشت که پس از گذشتن سی ماه از تاریخ نشر آن در روزنامه رسمی به موقع اجراء گذاشته شود و در واقع این قانون بتاريخ ۱۱ نisan ۱۹۳۲ نشر و تاریخ ۱۱ تشرین اول ۱۹۳۴ اعمال گردید.

قانون فوق مرکب از ۱۱۰۷ ماده و بدو بخش منقسم است: در بخش نخست از موجبات و الزامات بصورت عمومی یعنی از انواع و مصادر و نتایج انتقال و اسقاط

۱- طرح این قانون بوسیله انجمنی متشکل از مؤلف این کتاب و استاد زهدی یکن و خلیل جریج آماده شد، و هریک از دو نفر اخیر الذکر کتابی در احکام شفعه دارند.

۲- *Ropers.*

۳- مهمترین آنها: کتاب حقوق مدنی تحقیقی فرانسه در سه جلد، و کتاب نظریه سوء استفاده از حق، میباشد.

Cours de droit civil positif francais; de l'esprit des droits et de leur relativité' théorie dite de l'abus des droits.

۴- به گزارش مورخ ۳۱ کانون اول سال ۱۹۳۰ نایب رئیس انجمن مشورتی قانونگذاری

مراجعه شود.

آنها و سایر امور کلی بحث میشود. و بخش دوم از عقود خاصه مانند بیع و معاوضه و هبه و اجاره و ودیعه و قرض و عاریه و وکالت و شرکتها از جمله شرکت در ملک و عقود غرری (ضمان، گرو بندی، قمار بازی، مراهنه و درآمدهای دائمی تا پایان زندگی) و صلح و کفالت سخن میگوید.

الحاقیه‌ای نیز راجع به رهن اموال منقول و حقوق به قانون موجبات و عقود بموجب فرمان شماره ۴۶ ل در بیستم تشرین اول ۱۹۳۲ افزوده شد.

و همچنین برخی از مواد قانون مذکور بوسیله قوانین بعدی تعدیل یافت که مهمترین آنها عبارت بودند از: تصویبنامه قانونی شماره ۵۱ ل صادره ۵ تشرین دوم ۱۹۳۲ در مورد تعدیل ماده ۱۳۱ مربوط به محافظت از اموال توقیف شده یا اموال جامد و قانون ۲۷ ایار سال ۱۹۳۷ در مورد تعدیل دو ماده ۶۵۲ و ۶۵۶ در مورد عزل و اخراج اجیر و خدمتکار از خدمت و پرداختن چیزی به او، و در ماده ۱۱۰۶ قانون الزامات و عقود عمل به کلیه احکام مجله و دیگر نصوص قانونی که بامواد قانون الزامات و عقود مخالفت داشت، لغو گردید.

بدین ترتیب از مندرجات مجله احکام عدلیه، با توجه به الغاءات سابق، جز اندک نصوصی مورد عمل قرار نمیگرفت که اهم آنها عبارت بودند از: احکام حجر بر صغیر و دیوانه و خل و سفیه در ماده ۹۴۱ و مواد پس از آن، با رعایت تعدیلهائی که با مواد ۲۱۵ و ۲۱۸، در قانون موجبات معمول گردیده بود. همچنین احکام کسب و زرع و آبیاری و درختکاری^۱ و در احکام تصرفات مریض در مرض موت خصوصاً در مورد آنچه نزد مسلمانان در حکم وصیت است و نیز احکامی مربوط به شکار و اراضی موات و اراضی مباح و غیره.

۱- در مواد ۱۴۳۱ - ۱۴۴۸ از مجله. همچنین مراجعه کنید به ماده ۶۲۳ از قانون موجبات و آئین نامه آبیاری در فرمان شماره ۱۲ ل. ر، صادره ۱۶ کانون دوم سال ۱۹۳۴.

پس با اجرای قانون الزامات و عقود، آئین دادرسی مدنی لبنان باتصو بنامه قانونی شماره ۷۲ ل مورخ اول شباط ۱۹۳۳ وضع و به مرحله اجراء درآمد پیش نویس این قانون را مسیو پارو^۱ استاد دانشکده لیون نوشته و انجمن قانون گذاری لبنان آنرا تنقیح کرده بود.

با وضع آئین دادرسی مدنی کلیه قوانین معارض و ناسازگار با آن مانند قانون امنای صلح و آئین دادرسی حقوقی عثمانی و ذیل آن و قانون اجراء^۲ آثار خود را از دست دادند. البته در قانون جدید نیز تعدیلهای و اصلاحات فراوانی بعمل آمد که مهمترین آنها در ترتیب دادرسی و اصول صلاحیت دادگاهها و بازداشت بدهکاران بود.

دولت لبنان تدوین قانون بازرگانی را هم به دوتن از استادان حقوق بازرگانی دانشکده لیون، کوهندی و گونو محول کرد، و آنان طرحی تهیه کردند که بوسیله انجمن قانون گذاری مشورتی لبنان^۳ تعدیل و بتوسط آقای فایب استاد دانشکده حقوق فرانسه در بیروت تنقیح گردید و بعد در روزنامه رسمی مورخ ۷ نیسان ۱۹۴۳^۴ انتشار یافت و شش ماه پس از نشر مورد عمل قرار گرفت. در این قانون برای نخستین بار به برخی از امور بازرگانی، از قبیل شرکت های سهامی و دفاتر بازرگانی و امور ورشکستگی توجه شده است. همچنین بر حسب ماده ۱۱ این قانون زن شوهر دار بدون اجازه صریح باضمنی شوهر صلاحیت پرداختن و اشتغال با امور بازرگانی را ندارد و این امر خلاف قوانین عمومی مورد عمل این کشور است. در تاریخ ۲۰ ایلول ۱۹۴۴ و ۲۳ تشرین دوم

۱- Perrond.

۲- مگر در معاملات تنفیذی املاك، که قانون دفتر املاك شامل آنها نیست (ماده ۸۵۶ از قانون تازه).

۳- که بنا بتصو بنامه شماره ۶۰۱۹ مورخ ۱۸ کانون اول سال ۱۹۲۹ تشکیل یافت.

۴- به مقتضای تصویب نامه قانونی شماره ۳۰۴ مورخ ۲۴ کانون اول ۱۹۴۲.

۱۹۴۸ برخی از مواد قانون بازرگانی مزبور خصوصاً در مورد شرکت‌های سهامی تعدیل یافت.

زمانیکه دولت لبنان تصمیم بوضع قوانین جدید کیفری گرفت، این کار را به انجمنی مرکب از بزرگان قضات دادگاههای استان^۱ واگذار کرد و انجمن دست بکار شد و پس از آماده شدن طرح مزبور ترجمه آن، دولت، بایک تصویبنامه^۲ موافقت خود را با آن اعلام کرد و در روزنامه رسمی بتاریخ ۲۷ تشرین اول ۱۹۴۳ منتشر شد و مقرر گردید که از آغاز تشرین اول ۱۹۴۴ بمرحله عمل درآید.

تصویب این قانون پختگی قانونگذاران و قضات و شایستگی ملت لبنان را در کلیه شئون همگانی برای احراز استقلال ثابت میکرد و بطوریکه خواهیم دید قوانین کیفری سوریه از همین قانون اقتباس گردید. ولی این قانون بخلاف سایر قوانین پیشین لبنان، برای بررسی به هیأت قانون گذاری عرضه نشد لذا در بعضی از موضوعات و نیز در بکار بردن اصطلاحات لغوی تقیصه‌های جزئی در آن مشهود است.

از مهمترین قوانین جدید لبنان قانون دادرسی ارتش^۳ مصوب ۱۲ کانون دوم ۱۹۴۶ و قانون کار مصوب ۲۳ ایلول ۱۹۴۶ و قانون بازرگانی دریائی ۱۸ شباط ۱۹۴۷ و قانون اصول محاکمات جزائی ۱۸ ایلول ۱۹۴۸ و قانون جنگل‌ها مصوب ۷ کانون

۱- افراد این انجمن عبارت بودند از: فؤاد عمون و وفیق قصار و فیلیپ بولس که بموجب دستور شماره ۹۲۱ مورخ ۲۲ شباط ۱۹۳۹، نخست وزیر و وزیر دادگستری بدینکار پرداختند.
۲- شماره ۳۴۰، اول آذار ۱۹۴۳.

۳- معادل این عبارت در متن عربی «قانون العقوبات العسكرية» آمده است که ترجمه غلطی است از عبارت: *Code de justice militaire*، چه این قانون فقط مشتمل بر کیفرهای ارتشی نیست بلکه چگونگی ترتیب دادگاههای نظامی و آئین دادرسی آنها را نیز بیان مینماید. پس صحیحتر اینست که گفته شود: «قانون القضاء العسكري».

دوم ۱۹۴۹ و قانون هواپیمائی ۱۱ کانون دوم ۱۹۴۹ و قانون ارتشی ۲ تشرین اول ۱۹۵۰ و غیره میباشد.

رویهمرفته قوانین جدید کشور لبنان از مرقی ترین قوانین و رویه های قضائی اروپائی گرفته شده و حاوی تازه ترین آراء و نظریات حقوقی رایج در فرانسه و آلمان و سویس است .

در خاتمه لازم است بقانون تشکیل داد گاه های جدید شرعی با تصویب نامه قانونی شماره ۲۴۱ مورخ ۴ تشرین دوم ۱۹۴۲ و تعدیل آن قانون بمورخ ۴ کانون ۱۹۴۶ اشاره کرد که بموجب آن ، داد گاه های شرعی سنی و مذهب جعفری بوجود آمد تا باحوال شخصیه افراد این دو مذهب رسیدگی کند و نسبت باحکام صادره از این داد گاه ها رسیدگی فرجامی ملغی شد و بجای آن داد گاه عالی شرع مرکب از هیأتی از قضات شرعی تشکیل یافت و دادستانی این داد گاه به عهده یکی از قضات داد گستری محول شد. و مقرر گردید که در داد گاه های سنی بر حسب «قانون خانواده عثمانی» و نظریات برگزیده حنفی عمل شود و در داد گاه های جعفری مطابق این مذهب و موادی از قانون خانواده عثمانی که با این مذهب سازگاری دارد رفتار شود. علاوه بر اینها ، دولت لبنان پس از تحصیل استقلال سیاسی توانست قوانین تازه زیادی وضع کند و قوانین سابق را بروفق مقتضیات ملی و وضع جدید ناشی از استقلال خود تعدیل نماید .

سوریه

کشور سوریه از نظر تاریخ و سر نوشت همانند همسایه خود لبنان است . پیش از جنگ اول جهانی ، جزئی از امپراطوری عثمانی را تشکیل میداد ، و پس از پایان جنگ از عثمانی جدا شد و تحت الحمايه فرانسه قرار گرفت . از این تاریخ ستیزها

باب اول

علم فقه و تقسیمات آن

و پیکارهای میهن دوستان سوری و فرانسویان آغاز شد که در نتیجه در سال ۱۹۳۰ فرانسویان قانون اساسی برای سوریه وضع کردند و لسی این قانون را بارها و پی‌درپی معلق گذاردند . بموجب این قانون سوریه دارای رژیم جمهوری پارلمانی شد .

در خلال جنگ دوم جهانی بسال ۱۹۴۱ قوای انگلیس و فرانسه ، بطور آزاد وارد سرزمین سوریه شدند و ژنرال کاترو پایان اقتدار فرانسه را در همان سال اعلان کرد و در سال ۱۹۴۳ قانون اساسی مجدداً مورد عمل قرار گرفت و پارلمان سوریه ماده ۱۱۶ آن قانون را که راجع باقتدار فرانسوی‌ها بود ، با توجه به تمایلات مردم سوریه ، لغو و دو ناحیه علویین و کوهستان دروز را جزئی از سرزمین سوریه اعلام کرد . از اینرو مناسبات سوریه و فرانسه تیره شد تا اینکه در ۱۷ نisan سال ۱۹۴۶ تمام قوای بیگانه از کشور سوریه بیرون رفتند و کلیه دادگاههای مختلط برجایده شد .

در سال ۱۹۴۹ بر اثر حوادثی که در فلسطین بوجود آمد ، ارتش سوریه دو مرتبه پی‌درپی برهبری حسنی زعیم و سامی حناوی کودتا کرد و در همان سال باز برای مرتبه سوم بدست آقای ادیب شیشکلی کودتا شد و حکومت قانونی مجدداً در سوریه برقرار و مجلس مؤسسانی تشکیل گردید و قانون جدیدی تدوین یافت . این قانون در ۱۵ ایلول ۱۹۵۰ مورد تصویب قرار گرفت . این قانون، جمهوری پارلمانی را با در نظر گرفتن آزادیها و حقوق اساسی و مبادی دموکراسی برای سوریه اعلام کرد . بموجب این قانون رئیس دولت باید مسلمان باشد و مبانی شریعت اسلامی نخستین منبع قانون گذاری سوریه معرفی شد .

در حال حاضر جمهوری سوریه سه میلیون و نیم جمعیت دارد و اکثر این مردم مسلمانند و در فتاوی و دادرسی احوال شخصیه از مذهب حنفی تبعیت میکنند .

از جهت قانون گذاری مدنی ، سوریه نیز مانند لبنان از قوانین عثمانی و

مجله احکام عدلیه پیروی میکرد ولی برخلاف لبنان در دوران تسلط فرانسویان نیز از همان قوانین تبعیت کرد جز اینکه رژیم مذکور قانون مالکیت را (بموجب فرمان ۳۳۳۹) بتاريخ ۱۲ تشرین دوم ۱۹۳۰ صادر کرد و در هر دو کشور سوریه و لبنان بهمرحله اجرا درآورد.

وضع قانون گذاری در سوریه تکان نخورد مگر پس از حصول استقلال. نخست بتاريخ ۱۰ حزیران سال ۱۹۴۷ قانون بینات در امور مدنی و بازرگانی به تصویب رسید و این قانون که مطابق مقتضیات روز تنظیم شده بود، بر سه پایه استوار بود: اطمینان به دادرس و جلوگیری از اطاله دادرسی و استناد و احترام به عرف و اعمال جاریه. این قانون بموجب تصویبنامه قانونی شماره ۸۸ مورخ ۲۱ تشرین دوم سال ۱۹۴۹ در دادگاههای شرعی نیز بکار رفت بجز در موارد قبول بینه شخصی و قرینه قضائی و نیز در حد نصاب شهادت.

در حقیقت پیدایش انقلاب سیاسی در دوران حسنی زعیم بسال ۱۹۴۹ همراه با انقلاب قانون گذاری بود، و در نتیجه انجمنی به ریاست وزیر دادگستری وقت استاد اسعد کورانی تشکیل یافت و سه قانون بزرگ تدوین شد: قانون مدنی و قانون بازرگانی و قانون کیفر همگانی. و این سه قانون با اندک کم و کاستی، بشرح زیر از قوانین مصر و لبنان و عراق اقتباس شد.

قانون مدنی سوریه مشتمل بر ۱۱۳۰ ماده با تصویبنامه قانونی شماره ۸۴، بتاريخ ۱۸ یار سال ۱۹۴۹ صدور یافت، و مقرر گردید که از ۱۵ حزیران سال ۱۹۴۹ بموقع عمل درآید. اغلب مواد این قانون از قانون مدنی مصر و برخی مواد آن، مانند مسأله حواله حق در باب چهارم از بخش اول، از قانون موجبات و عقود

لبنان گرفته شد. در تدوین این قانون از قانون مالکیت (فرمان شماره ۳۳۳۹) نیز استفاده شده است، البته با از بین بردن حق شفعه باعتبار اینکه شفعه حقی ضعیف است^۱ سپس در تاریخ ۲۲ حزیران ۱۹۴۹ قانون کیفری و قانون بازرگانی با تصویبنامه‌های قانونی شماره ۱۴۸ و ۱۴۹ تصویب شد و مقرر گردید که از آغاز ایلول همان سال بکار رود. قانون تجارت مرکب است از ۷۷۴ ماده و در تدوین این قانون در مورد اسناد بازرگانی از طرح قانونی مصوبه جامعه دول عربی و در سایر موارد از قانون بازرگانی لبنان و عراق و مصر استفاده شده است. این قانون برخلاف قانون لبنان تشکیل شرکت‌های با مسئولیت محدود را مجاز اعلام کرده است. اما قانون مجازات عمومی سوریه از ۷۵۶ ماده ترکیب یافته و در اسکلت بندی اصول و اساس آن از قوانین کیفری لبنان استمداد شده است^۲.

۱- رجوع کنید به یادداشتهای توضیحی این قانون.

۲- به یادداشتهای توضیحی این قانون و رأی شماره ۲۲۹ صادره ۱۲ نیسان ۱۹۵۱،

هیأت عمومی دیوانعالی کشور سوریه و مندرجات مجله قضائیه سال ۱۹۵۱، ص ۳۷۲ مراجعه شود.

فصل دهم

نظری بتاریخ قوانین اروپائی

قانون روم

چون قوانین تازه مشرق زمین مأخوذ از قوانین اروپائی است ، بی فایده نیست که برخی از این قوانین را مورد بررسی اجمالی قرار دهیم؛ ونخست به بررسی قانون باستانی روم میپردازیم .

چنانچه اوراق تاریخ را بسمت زمانهای پیشین برگردانیم می بینیم هشت قرن قبل از ولادت مسیح دولت روم «مدینه خالده - شهر جاویدان» پایتخت آن تأسیس گردید و پس از چهارده قرن کشور گشائی و بسط سیاست و فرهنگ بامر گزوستینین در قرن ششم پس از میلاد مسیح منقرض گردید و آثار بزرگی در تاریخ تمدن اروپا از خود بیادگار گذاشت .

در اوائل تشکیل دولت روم ، قوانین آن بر عرف و عادت مبتنی بود ، اما اندیشه تدوین قانون از دیر زمانی نزد آنان وجود داشت و الواح دوازده گانه که ضابطه اصول ثابت قوانین ملی روم بود ، در نیمه قرن پنجم پیش از میلاد مسیح جمع آوری

گردید . این قوانین بر کتیبه‌های مسین کنده شده بود .

پس از آن تاریخ مصادر قانونی روم رو به افزایش گذاشت و منابع حقوق بر دو قسمت مباشر و غیر مباشر منقسم بود : قسمت نخست که از مراکز قدرت صادر میشد و باختلاف عصر و زمان بصورت‌های مختلف از قبیل : قوانین پادشاهی ، قوانین مجلس شیوخ ، قوانین مجلس اقوام و دودمان‌های متعدد و «فرامین» یا اوامر امپراطور^۱ باقی مانده است . اما قسمت غیر مباشر عبارت از حاصل اجتهادات دادرسان و آراء و فرمانهای آنان و نیز حقوقدانان ارجمند^۲ امثال پاپینوس ، اولپیانوس سورین ، گایوس ، پولس ، مودستینوس و دیگران^۳ بود .

مهمترین اثریکه در این خصوص از روم قدیم بجای مانده است ، عبارت از مجموعه‌ای^۴ است حاوی کلیه قوانین و آراء و اجتهادات علمای روم که در اوائل قرن ششم بامر امپراطور ژوستینین گردآوری شد و بنام «مجموعه حقوق مدنی»^۵ شناخته میشود . پس از اضمحلال امپراطوری روم برخی از قوانین این دولت باقانون‌ها و عادات قبیله‌ای مردم جنگ‌آوری که بر اروپا دست یافتند ، در آمیخت . بعد ها این قوانین به کار بسته نشد و تا پایان قرون وسطی و عصر نهضت علمی توجهی بدانها ننگرید .

۱- *Leges regiae, Senatusconsulta, Leges, Plebiscita, constitutiones.*

۲- *Edicta magistratuum et Responsa prudentium.*

۳- *Papinianus, Ulpianus, Gaius, Paulus, et Modestinus.*

۴- *Codex, Digesta (Pandectae) , Institutes , Quinquaginta decisiones.*

Codex repertitae praelectionis, Novellae Constitutiones.

۵- *Corpus juris civilis* . در تمام آن ، مراجعه شود به کتاب ، قانون روم ، تألیف

ژرار (پاریس ۱۹۲۴ ، ص ۱ - ۹۶) ، و کتاب *Antiquité romaine et moyen âge* ، تألیف

Seignobos . (پاریس ، ۱۹۱۹) .

در حقیقت قسمت عمده قوانین جدید اروپائی بطور کلی از قوانین روم گرفته شده است . البته هر ملتی بمناسبت تحولات و موقعیت های مخصوص زمان و مکان ، تغییراتی در آنها داده است . و مهمترین میراث حقوقی رومیان قدیم ، قواعد عمومی در عقود و الزامات است که آثار آن امروزه در اغلب قوانین اروپا بارز می باشد .

نکته قابل توجه اینست که قوانین روم از الواح دوازده گانه گرفته تا مجموعه های قوانین فعلی اروپا ، همه صادر و ناشی از دولت بوده است و هیچگونه ارتباطی با دین ندارد ، بخلاف آنچه در شریعت اسلام دیده میشود .^۱

قانون ناپلئون

کشور فرانسه در اواخر قرون وسطی در حال هرج و مرج و خودسری — که در دیگر کشورهای اروپا نیز رواج داشت — بسر میبرد . و ایالات مختلف فرانسه همچنانکه در عادات و تقالید و نظم امور با یکدیگر اختلاف داشتند ، از جهت قانون گذاری نیز یکسان نبودند بلکه بدو قسم بزرگ تقسیم میشدند : یکی فرانسه شمالی که به شهرهای شریعت عرفی^۲ معروف بود و دیگری فرانسه جنوبی که شهرهای شریعت مدونه^۳ نامیده میشد ، زیرا در جنوب متأثر از قوانین روم بودند .

چون دولت مرکزی فرانسه توانائی یافت و یگانگی داخلی در کشور صورت گرفت ، به توحید قوانین و عادات گوناگون احساس نیاز گردید ، و ناپلئون بناپارت بر انجام این تکلیف شاق ، کمر بست و بدین منظور ، انجمنی زیر نظر مستقیم خود تشکیل داد . انجمن مزبور قانون مدنی فرانسه یا قانون مشهور ناپلئون را تدوین

۱- در فصل مربوط به علاقه شرع اسلامی با قانون روم ملاحظه خواهد شد .

۲- *Pays de droit coutumier* .

۳- *Pays de droit écrit* .

کرد که در سال ۱۸۰۴ منتشر گردید . این نخستین تدوین رسمی قانون در اروپای جدید و سرآغاز دورانی تازه در این زمینه محسوب میشود^۱.

قانون ناپلئون تاهاکنون در فرانسه اجراء میشود منتهی بملاحظه تطورات اجتماعی و نیازمندیهای روزگار جدید تعدیلات زیادی در آن راه یافته است . این قانون شامل ۲۲۸۱ ماده و مشتمل بر يك مقدمه در تطبیق قوانین و نشر آنها و سه کتابست : کتاب اول مربوط باشخاص ، و کتاب دوم راجع به اموال و حقوق عینی ، و در کتاب سوم از اسباب تملك و ارث و هبه و وصیت و عقود و موجبات بطور اجمال و عقود خاصه و امتیازها و انواع رهن و تأمین و مرور زمان بحث میکند .

پس از وضع قانون مزبور ، آئین دادرسی مدنی و قانون بازرگانی بسال ۱۸۰۷ و آئین دادرسی کیفری بسال ۱۸۰۸ و قانون کیفری بسال ۱۸۱۰ تنظیم یافت .

باید دانست که کلیه قوانین مذکور و همچنین دیگر قوانین چندین بار جرح و تعدیل شده است ، خصوصاً در قرن حاضر و در اثناى جنگ دوم جهانی . اغلب دولتهای اروپائی از قوانین فرانسه و مخصوصاً از قانون مدنی آن دولت پیروی کرده اند . مثلاً بلژیک تقریباً عین آنرا بطور کامل اقتباس کرده است و برخی از ممالك مانند آلمان و سویس بمقتضای موقعیت و وضع خود تصرفاتی در آن کرده اند .

سویس و آلمان

قسمت عمده قوانین سویس و آلمان از قانون ناپلئون گرفته شده است . و از

۱- مراجعه شود بتاریخ قانونگذاری فرانسه در کتاب پلانیول - که سابقاً مذکور افتاد-

(ج ۱ ، شماره ۳۴-۱۴۳) ، و کتاب *Cours élémentaire d'histoire du droit français* تألیف

اسمان *Esmein* (پاریس ، ۱۹۲۱) .

جهت شیوه و سلیقه، خصوصیات و رنگ میهنی و ملی بر آن زده شده است. اسنادان و صاحب نظران در تدوین قوانین مزبور سهم بزرگی داشتند و آنرا به اسلوب علمی نظری در آوردند، از اینرو این دو قانون بر دیگر قوانین اروپائی امتیاز دارد و امروزه از مترقی ترین قوانین جهان شمرده میشود.

قانون الزامات اتحاد فدرال سویس^۱ در سال ۱۸۸۱ وضع شد و از آغاز سال ۱۸۸۳ بموقع اجراء درآمد. سپس آقای اوجین هوبر یکی از اسنادان دانشگاه برن مأمور تهیه قانون مدنی سویس شد، و پس از اتمام، مجالس اتحادیه سویس در سال ۱۹۰۷ آنرا مورد تصویب قرار داد و از ابتداء سال ۱۹۱۲ اجراء گردید و این قانون از نظر علمی و عملی از بهترین قوانین جدید است. و به سال ۱۹۲۶ در دوران کمال پاشا، ترکیه دو قانون مزبور را عیناً پذیرفت و مورد عمل قرارداد.

اما قانون مدنی امپراطوری آلمان^۲ در سال ۱۸۹۶ وضع شد و از ابتداء سال ۱۹۰۰ بمرحله اجراء درآمد. این قانون حاوی ۲۳۸۵ ماده در پنج کتاب است و از حقوق عمومی و الزامات و حقوق عینی و حقوق خانواده و ارث بحث مینماید.

پس از بر سر کار آمدن حزب نازی^۳ در آلمان به سال ۱۹۳۵ مجمعی را برای بحث در مبانی حقوق تشکیل داد که هدف آن پیشنهاد تعدیلهای قانونی لازم بود تا بتوان قانون آلمان را در اصول و فروع با مرامنامه حزب مزبور^۴ همگام کرد. ولی

۱- *Code fédéral des obligations.*

۲- *Bürgerliches Gesetzbuch.*

۳- *Nationalsozialist* یا بطور اختصار نازی یا ناتیسی *Nazi*.

۴- از کارهای این مجمع *Die lehre von den Leistungsstörungen* (چاپ توبنگن،

۱۹۳۶). همچنین رجوع شود بکتاب مانکویز *Mankiewicz* زیر عنوان: *Le National socialisme allemand* (پاریس ۱۹۳۸) و مقاله کامبل *A.H. Campbell* در مجله فصلی حقوقی*

پس از جنگ دوم جهانی با شکست آلمان نازی این طرز فکر از آن دیار رخت بر بست .

انگلستان و آمریکا

انگلستان و ایالات متحده آمریکا در قرن نوزدهم از تدوین قوانین جدید خودداری کردند و از این جنبش جهانی پیروی نمودند و مبانی حقوقی خود را بر اساس عادت و سابقه‌های معروف به «عرف عام»^۱ حفظ کردند .

بهمین سبب برخی از حقوقدانان بیگانه گمان برده‌اند که در این روش نوعی جهالت و عدم ثبات وجود دارد و دادرسان انگلستان و آمریکا میتوانند دادنامه‌ها را بدلخواه خود صادر کنند . و اما این گمان قرین به حقیقت نیست، چه در این کشورها گرچه قانون مدون رسم و شامل کمتر یافت میشود ولی دادرسان باید پیوسته از آراء پیشین خود و یا از آنچه اصطلاحاً «پیشینه‌ها»^۲ نامیده میشود پیروی کنند . در این کشورها دادگاههای بدوی مکلف به پیروی از اجتهاد دادگاههای عالی هستند و دادگاههای عالی نمیتوانند از تصمیمهای سابق خود سر باز زنند زیرا پیشینه‌های مزبور پایهٔ ثابتی را برای احکام قضائی تشکیل میدهند و تغییر آنها به آسانی ممکن نیست و از اینرو اجتهاد دارای وضع یکسان و روشنی است .

این موضوع را بلاکستون^۳ و جز او از نویسندگان قرن هیجدهم انگلستان

* (Law Quarterly Review) سال ۱۹۴۶ ، ص ۱۴۵ .

۱- Common Law .

۲- Precedents .

۳- Blackstone . رجوع شود بکتاب Law in the Making ، تألیف آلن ، آکسفورد .

۱۹۳۰ ، ص ۱۴۷ و بعد آن .

برشته تحریر در آوردند و سپس در قرن نوزدهم بر اثر احکام صادره از مجلس اعیان که مرجع عالی دادرسی در انگلیس^۱ محسوب میشود بصورت قاعده ثابت و لازم-الاتباع درآمد.

در حقیقت قانون عرفی انگلستان همان اجتهادات داد گاهها است که در آنها عرف با پیشینه‌ها در آمیخته و مجموعه‌ای از اجتهادات قضائی بوجود آورده است. بدین ترتیب عرف عام پایه و اساس قانون گذاری قضائی^۲ گردید.

با وجود این در انگلستان از بدو تاریخ قانون گذاری برخی از قوانین مخصوص بصورت پراکنده و متناقض^۳ از طرف دولت وضع گردید و قسمتی از آنها در قرن هیجدهم خصوصاً از سال ۱۸۶۱ به بعد گردآوری شد^۴.

همچنین در انگلستان برخی از قوانین کیفری و بازرگانی تدوین گردید، مانند قانون اسناد بازرگانی سال ۱۸۸۲ و قانون شرکت‌ها سال ۱۸۹۰ و قانون بیع سال ۱۸۹۳ و قانون ضمان دریائی سال ۱۹۰۶ و قانون‌های مربوط به سرقت خصوصاً قانون سال ۱۹۱۶ و نیز قوانین دیگری در کشورهای زیر سلطه انگلستان وضع و تدوین گردید مانند قوانین هند که قبلاً به آن اشارتی رفت.

۱- خصوصاً در رأی صادره بسال ۱۸۶۱ راجع بموضوع بیمش ضد بیمش. *Beamish v.*

Beamish (1861) 9 H.L.C.274. رجوع شود به کتاب بولوک *AFirst book of jurisprudence* لندن، ۱۹۱۸، ص ۳۳۴ و بعد آن.

۲- *Case-Law*.

۳- *Statutes*.

۴- *Statute Law Revision Acts*.



بطوریکه در پیشنهاد وستبوری^۱ در سال ۱۸۷۰ ملاحظه میگردد عده‌ای از رجال انگلیسی میخواستند انگلستان را دارای «قانون نوشته» ای کنند ولی کوشش آنان بیهوده ماند و بحث در اطراف فایده تدوین قانون از جهت نظری وجدالهایی که در این مورد^۲ روی داد مایه درازای کلام خواهد شد و از اینرو بهمین مختصر که اشاره کردیم^۳، اکتفا میکنیم.

یکی از علل پیروی از عرف عام و پیشینه همان روح محافظه‌کاری و احترام به روش‌های گذشتگان است که انگلستان بدان شهرت دارد، همچنین کثرت و تنوع ملیت‌ها و نژادهایی که امپراطوری انگلستان را تشکیل میدهند و هر کدام دارای شرایع وعادات بخصوصی میباشد، علت دیگری بشمار میرود. مثلاً قوانین اسکاتلند بخلاف انگلستان از حقوق روم متأثر است و مستعمرات آفریقای جنوبی از قانون رومانی هلندی و ایالت کبک در کانادا و جزیره موریس از قانون ناپلئون پیروی می‌کند. همچنانکه مسلمانان هند انگلیس قبل از تقسیم اخیر در احوال شخصیه از حقوق اسلامی پیروی میکردند.

همچنین است وضع در آمریکا که قانون واحدی ندارد و هر يك از ایالات قانون‌گذاری مخصوص بخود دارد و رویهمرفته عرف عام انگلیسی برایالات متحده آمریکا نفوذ دارد گرچه برخی از آنها چون ایالت لوئیزیانا قسمت عمده قوانین خود را از فرانسه اقتباس کرده است. و برخی دیگر نیز مجموعه‌های مختلفی از عرف عام^۳ دارند.

۱- Westbury's Digest.

۲- مراجعه کنید به کتاب اوستن مذکور (ص ۳۳۱ و بعد) و کتاب سالوند (ص ۱۷۶)

و بعد) .

۳- Consolidations.

اجمالاً اینکه دو کشور انگلیس و آمریکا بخلاف باقی کشورهای اروپائی از حقوق روم چندان متأثر نشده اند ، تنها از راه قوانین کلیسائی قرون وسطی و نیز از تألیفات نویسندگان^۱ چون براکتون و لیتلتون^۱ مقداری از قوانین روم بدانها راه یافته است .

باب سوم

منابع حقوق اسلامی

فصل اول

ادله شرعی

دراینکه قرآن کریم نخستین منبع قانون گذاری اسلام است هیچگونه اختلافی میان مذاهب گوناگون اسلام، سنی و شیعه، وجود ندارد و اگر خلافت دیده شود مربوط به تفسیر برخی از آیات قرآن است.

حدیث یا سنت نبوی منبع دیگر حقوق اسلام است که قرآن را تفسیر میکند و متمم و مکمل آن است ولی در مورد راههای تحقیق در سنت و چگونگی پذیرفتن آن میان مذاهب اسلام وحدت نظر وجود ندارد.

از دو منبع اصلی مذکور، دو منبع دیگر بنام اجماع و قیاس متفرع شده است و دو منبع اخیر را جمهور فقهاء پذیرفته اند، گرچه برخی از دانشمندان آن دو را مردود شمرده و دسته دیگری در پذیرفتن اجماع و قیاس احتیاط نشان داده اند. علاوه بر منابع مزبور که به «ادله چهارگانه» معروف شده است، ادله دیگری از قبیل استحسان و مصالح مرسله نیز وجود دارد که اولی مخصوص حنفی ها و دومی از آن مالکی ها است و هر یک در جای خود مشروحاً بیان خواهد شد.

فقهاء و دانشمندان اسلامی از این مصادر و ادله در علمی بنام «اصول» سخن

رانده‌اند، چه اصول علمی است که از ادله احکام شرعی و راههای استنباط احکام از ادله بحث میکند.

علمای اصول

علم اصول در اوائل دوران بنی عباس معمول گردید و به تکامل پرداخت و نخستین کسی که اصول را به شیوه علمی نوشت، امام شافعی در رساله معروف خود بود که بیان آن گذشت.

شافعیانی که در این دانش شهرت یافتند عبارتند از: ابو حامد غزالی مؤلف کتاب المستصفی^۱ و ابو عبدالله محمد بن عمر فخرالدین رازی (متوفی بسال ۶۰۶ هـ) مؤلف کتاب المحصول فی الاصول و سیف الدین آمدی (متوفی بسال ۶۳۱ هـ) صاحب کتاب الاحکام فی اصول الاحکام و قاضی عبدالله عمر بیضاوی (متوفی بسال ۶۸۵ هـ) مؤلف منهاج الوصول الی علم الاصول^۲ و جمال الدین اسنوی (متوفی بسال ۷۷۲ هـ) صاحب النهایة السؤل فی شرح منهاج الاصول و تاج الدین سبکی مؤلف کتاب جمع الجوامع و متمم کتاب الابهاج شرح منهاج که پدرش تقی الدین^۳ به تألیف آن پرداخته بود.

از اصولیان حنفی مذهب، بزدوی^۴ مصنف کتاب الاصول که آنرا نسفی در

۱- رك . به فصل چهارم از باب پیشین .

۲- این کتاب مختصر کتاب الحاصل ارموی و کتاب الحاصل نیز مختصر کتاب المحصول رازی است .

۳- رك . به فصل چهارم از باب پیشین . جلال الدین محلی جمع الجوامع را شرح کرده و بنانی حاشیه‌ای بر آن شرح نگاشته است .

۴- رك . به فصل دوم از باب پیشین .

المنار شرح کرده و شرح مزبور را ابن ملک در منار الانوار و ابن العینی در کتابی دیگر مجدداً شرح کرده‌اند؛ و نیز صدر الشریعه عبیدالله بن مسعود (متوفی بسال ۷۴۷هـ) مؤلف تنقیح الاصول^۱ و کمال الدین محمد بن همام (متوفی بسال ۸۶۱هـ) صاحب کتاب التحریر^۲، و محب‌الله بن عبدالشکور بهاری (متوفی بسال ۱۱۱۹هـ) مصنف کتاب مسلم الثبوت در نوشتن کتابهای اصول شهرت یافتند. گرچه دو کتاب اخیر بهر دو طریقه و روش شافعی و حنفی نوشته شده است.

از علمای اصول مالکی جمال‌الدین عثمان بن حاجب (متوفی بسال ۶۴۶هـ) صاحب کتاب منتهی السؤل والامل^۳، مختصر کتاب الاحکام آمدی، و ابواسحق ابراهیم شاطبی غرناطی (متوفی بسال ۷۹۰هـ) صاحب کتاب الموافقات معروف و کتاب الاعتصام^۴ مشهورند و از دانشمندان حنبلی ابن تیمیه و ابن قیم جوزیه و از پیروان مذهب ظاهری ابن حزم^۵ در این علم بلندآوازه شدند.

نسخ در کتاب و سنت

نسخ در علم اصول عبارت است از رفع حکم شرعی پیشین بدلیل شرعی پسین^۵ و علت آن آسان‌گیری بر مردم و رعایت تدریج در قانونگذاری و تغییر قوانین با توجه به تطورات زمان می‌باشد و آن بر چند نوع است: نسخ قرآن به قرآن و نسخ سنت به سنت و نسخ قرآن به سنت که قسم اخیر آن، مورد نظر و بحث و خلاف می‌باشد.

۱- او مؤلف کتاب النقایة مختصر الوقایة است.

۲- از مؤلفات دیگر او فتح القدیر در شرح البدایة است.

۳- برای شرح حال او به کتاب نیل الابتهاج بطریز الدیاج از تنبکتی (در حاشیه

دیاج ابن فرحون)، ص ۴۶ مراجعه شود.

۴- در باب گذشته از ابن تیمیه و ابن قیم و ابن حزم یاد شد.

وقوع نسخ در آیات قرآن بوسیله آیات دیگر نزد جمهور فقهاء ثابت شده است و مخالفی جز ابو مسلم بن بحرانه^۱ در میان نیست. قسمت اعظم موارد نسخ در قرآن در معاملات تفصیلی و در آیات مدنی است و نسبت به احکام کلی در آیات مکی، نسخ بسیار اندک است و سیوطی موارد وقوع نسخ را در بیست جای قرآن میداند^۲. و همچنین نسخ سنت بوسیله سنت در موارد زیادی دیده میشود و از آن جمله در این حدیث است: «كنت نهيتمكم عن زيارة القبور، الا فزوروها، فانها ترق القلب وتدمع العين وتذكر الاخرة، ولا تقولوا هجرأ»^۳.

«شما را از زیارت قبور نهی کرده بودم، اینک به زیارت قبور بروید چه آن مایه رقت قلب و ریزش اشک است و آخرت را بیاد میآورد ولی سخن زشت بر زبان نیاورید». نسخ قرآن با سنت مورد اختلاف است. البته پیشوایان دین بر این معتقدند که اگر سنت با نص قرآن سازگار باشد و یا در موردیکه برای آن نصی در قرآن وجود نداشته باشد، عمل به سنت ضروری است. چه سنت مفسر معنی و مفصل مجملات آیات است، با وجود این جواز مخالفت با نص قرآن محل اختلاف است^۴.

مالک و یاران ابوحنیفه و برخی از پیروان مذهب ظاهری^۵ نسخ قرآن را بوسیله سنت جائز میدانند بدلیل اینکه هر دو وحی الهی است و این امر علاوه بر اینکه عقلاً روا است عملاً نیز اتفاق افتاده است مثلاً آیه «كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقرابين بالمعروف حقاً على المتقين»^۶ ترغیب میکند

۱- الاتقان فی علوم القرآن، ج ۲، ص ۲۲-۲۳.

۲- بروایت سیوطی در جامع الصغیر (شماره ۶۴۳۱) از مستدرک الحاکم.

۳- رك، الاحکام آمدی (ج ۲، ص ۱۸۵) و التقرير و التحبير ابن امير الحاج و

التحرير ابن همام (بولا، ج ۳ ص ۶۴).

۴- الاحکام لاصول الاحکام، ابن حزم، ج ۴، ص ۱۱۱-۱۱۴.

۵- سورة بقره (۲) ۱۸۰.

که بسود پدر و مادر و نزدیکان وصیت کنند با اینهمه نزد بیشتر فقیهان بوسیله حدیث شریف «لاوصیة لوارث»^۱ منسوخ شده است. شافعی در رساله مشهور خود و نیز عدّه زیادی از پیروان او، همچنین ابن حنبل نسخ قرآن را بوسیله سنت بدلایلی که اهم آنها اینک بیان میشود، رد کرده اند:

اولاً- قرآن اصل است و لفظ آن معجزه، ولی سنت فرع بر آنست و معجزه هم نیست. ثانیاً- با توجه به آیه «قل ما یكون لی ان بدله من تلقاء نفسی ان اتبع الا ما یوحی الی انی اخاف ان عصیت ربی عذاب یوم عظیم»^۲ که بر پیغمبر امر میکند که بدخواه خود احکام قرآن را نسخ نکند.

ثالثاً- آیه «ما ننسخ من آیه او ننسها نأت بخیر منها او مثلها»^۳ میرساند که نسخ آیه جز بوسیله آیه ممکن نیست.

رابعاً- حدیث: «ما جاء کم عنی فاعرضوه علی کتاب الله»^۴، فما واقفه فانا قلته و ما خالفه لم اقله»^۵ (هر چه از من به شما برسد بر کتاب خدا عرضه کنید، آنچه موافق آن باشد سخن من است و آنچه مخالف آن باشد از آن من نیست) و حدیث دیگر: «کلامی لا ینسخ کلام الله، و کلام الله ینسخ کلامی»^۶ و کلام الله ینسخ بعضه بعضاً»^۷ (سخن

۱- این مفهوم بالفاظ دیگری نیز روایت شده است از قبیل: «ان الله قد اعطی کل ذی حق حقّه فلا وصیة لوارث»، «لا تجوز وصیة لوارث الا ان یشاء الورثة»، «لا وصیة لوارث الا ان یجیز الورثة»، «لا وصیة لوارث ولا اقرار بدین». مراجعه شود به البخاری با شرح العینی (ج ۱۴ ص ۳۷ و ۳۸) و نیل الاوطار از شوکانی (ج ۶، ص ۳۴ نقل از الدار قطنی و اکثر کتب ششگانه).

۲- سوره یونس (۱۰) ۱۵.

۳- سوره بقره (۲) ۱۰۶.

۴- رساله شافعی، ص ۶۲.

۵- دارقطنی و ابن عدی، آنرا روایت کرده اند، و سیوطی آنرا از احادیث ضعیفه

شمرده است (الجامع الصغیر، شماره ۶۴۳۷).

من ناسخ کلام خدا نیست و کلام خدا ناسخ سخن منست . و کلام الهی است که بعضی از آن بعض دیگر را نسخ میکنند) .

خامساً - شافعی در مورد آیه وصیت معتقد است که بوسیله آیات ارث که بعد از آن نازل شد و فروض هر يك از ورثه و سهام قانونی آنان را تعیین کرد ، نسخ شده است و حدیث « لا وصية لوارث » با آیه هوارث سازگار است و سنت از کتاب پیروی کرده است^۱ .

حاصل اینکه گفتار شافعی و احمد بن حنبل در این مسأله به موازین و اصول امروزی نزدیک است که همواره حق الغاء قانون را با قدرتی میدانند که آنرا صادر کرده است^۲ .

۱- رساله شافعی ، ص ۶۱ . همچنین به رساله معارج الاصول ابن تیمیه مراجعه کنید ، مصر ، ۱۳۲۳ هـ ، ص ۲۴ . فقهای مذهب جعفری میگویند آیه وصیت نسخ نشده است و این سخنی موجه است و قانون وصیت جدید مصر آنرا پذیرفته است (ماده ۳۷) .

۲- *Gujus est condere legem, ejus est abrogare.*

انسان مدنی سرشت است

فعلا در مقام برشمردن کلیه نظریاتی که در اساس تشکیل اجتماع بشری اظهار شده است نیستیم و نیز نمی‌خواهم از عقیده ژان ژاک روسو و امثال او انتقاد کنم که می‌گویند انسان در آغاز بمقتضای فطرت^۱ خود در حال انفراد زندگی می‌کرده و تشکیل اجتماع صرفاً نتیجه قراردادی است بین افراد^۲. بلکه به قولی اکتفا می‌کنم که می‌گوید انسان اجتماعی سرشت است و حیات اجتماعی و مدنی با حیات فردی ملازم می‌باشد و این قول مختار جامعه‌شناسان امروزیست.

روشن است که حقیقت وجودی اجتماع بالضروره قوانینی می‌خواهد که میان افرادش حکومت کند زیرا زندگی دسته جمعی موجب بروز معاملات و مایه تولید علائق و ارتباطات گوناگون بین مردم شده است. و باید قواعد و قوانینی وجود داشته باشد که حقوق و تکالیف افراد را نسبت بهم تعیین کند و نزاع و شقاق را بزدايد. مجله احکام عدلیه نیز این روش را پیش گرفته است و خواننده چه اینجا و چه در سایر جاها ملاحظه خواهد کرد که مجله به نظریاتی متعرض شده است که در کتب

۱- *Al'etat de nature.*

۲- *Contrat Social.*

فصل دوم

کتاب

تنزیل قرآن کریم

قرآن کریم نخستین دلیل و منبع اساسی قانونگذاری اسلام محسوب میشود. و آن کتاب خداوند است و در آن چنین آمده است: «تنزیل الكتاب لاریب فيه من رب العالمین». «انا نزلنا اليك الكتاب بالحق لتحکم بين الناس بما اراك الله ولا تکن للخائنین خصیماً». «وما ینطق عن الهوى ، ان هو الا وحی یوحى»^۱.

آیات قرآن بطور پراکنده بر حسب مقتضیات حوادثی که در اجتماع اسلامی رخ میداد، نازل میشد و حوادث مزبور را اسباب نزول آیات قرآنی نامیده اند. قرآن در ظرف بیست و دو سال و اندی فرو فرستاده شده^۲ که دوازده سال و پنج ماه و سیزده روز

۱- سورة سجده (۳۲)، و نساء (۴) ۱۰۵، و نجم (۵۳) ۳-۴.

۲- این قول مختار است. در مورد مدت اقامت پیامبر در مکه مکرمه اختلاف است و از اینرو در مدت نزول قرآن نیز اختلاف پدید آمده است و آنرا هیجده و بیست و بیست و سه و بیست و پنج سال گفته اند. در این مورد به تاریخ القرآن زنجانی (ص ۱۱) و زاد المعاد فی هدی خیر العباد ابن قیم (ج ۱، ص ۲۷) والاتقان فی علوم القرآن سیوطی (ج ۱ ص ۳۹)*

آن در مکه و پیش از هجرت پیامبر بود و بقیه در مدینه یا جاهای دیگر پس از هجرت آن حضرت بود. [بیشتر آیات مکی کوتاه و مربوط به امور دین و عبادات و توحید بطور اجمال میباشد ولی آیات مدینه مفصل و حاوی اساس قوانین اجتماع اسلامی است.^۱]

قانونگذاری اسلام تدریجی و بر وفق مقتضیات اسباب نزول و آمادگی اعراب برای رها کردن عادات پیشین و پذیرفتن احکام تازه بود، همچنانکه در مورد تحریم خمر و قمار می بینیم که نخست بصورت پند و اندرز و بدون نهی بود: «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا» و سپس از شرب خمر به هنگام نماز نهی کرد و گفت: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ أَنْتُمْ سَكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ» و سپس بطور مطلق منع قانونی آن صادر گردید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ». انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر و يصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل انتم منتهون^۲.

گردآوری و تفسیر قرآن

پیامبر ﷺ شخصاً قرآن را بصورت مجموعه، گردآوری نکرد، چه او مردی

* اسباب النزول واحدی نیشابوری (ص ۱) و تاریخ التشريع الاسلامی خضری (ص ۵) و تاریخ الفقه الاسلامی دکتر عبدالقادر (ج ۱ ص ۷) رجوع شود.

۱- برای معرفت به آیات مکی و مدنی به الاتقان (ص ۸ به بعد) و تاریخ القرآن زنجانی (ص ۱۱-۳۹) مراجعه شود.

۲- این آیات بترتیب در سوره های بقره (۲) ۲۱۹ و نساء (۴) ۴۳ و مائده (۵) ۹۰-۹۱ آمده است و مراد از ميسر و انصاب و ازلام، قمار و بتها و تيرهائی بود که در قمار بازی بکار میرفت. رجوع شود به سنن ابو داود (ج ۲ شماره ۳۶۷۰) و کتاب الناسخ والمنسوخ ابوالقاسم ابوالنصر (در حاشیه کتاب اسباب النزول واحدی، ص ۷۲-۸۲).

امی بود و نوشتن نمیدانست و آیات قرآن را نویسندگان وحی در صفحات پراکنده مینوشتند و قاریان در سینه‌های خود حفظ میکردند.

پس از پیامبر زید بن ثابت بدستور ابوبکر قرآن را گردآوری کرد. سپس در سال ۳۰ هجری (۶۵۰ م) در زمان خلافت عثمان بن عفان آیات قرآن بایک قرائت و در یکجا جمع گردید و نسخه‌هایی از آن به نقاط مختلف فرستاده شد.^۱

تفسیر قرآن مورد اختلاف مفسران است ولی بدون تردید اصحاب پیامبر که ملازم خدمتش بودند به اسباب نزول از دیگران آگاه‌تر بودند و بدین جهت از میان آنها ده تن که عبارتند از: خلفاء راشدین (ابوبکر و عمر و عثمان و علی) و اصحابه عبدالله بن مسعود، عبدالله بن عباس، ابی بن کعب، زید بن ثابت، ابو موسی اشعری و عبدالله زبیر^۲ بلند آوازه شدند و از این گروه علی بن ابیطالب و عبدالله بن عباس که از نزدیکان پیامبر بودند و نیز عبدالله بن مسعود شهرت بسزائی دارند.

از صدر دولت عباسی بعد علم تفسیر رونق گرفت و تفسیرهای زیادی نوشته شد که مشهورترین آنها تفسیر کبیر معروف به جامع البیان فی تفسیر القرآن از طبری^۳ در سی جزء و تفسیر الکشاف از ابوالقاسم محمود بن عمر خوارزمی زمخشری (متوفی بسال ۵۳۸ هـ) در چهار جزء و مفاتیح الغیب مشهور به تفسیر الکبیر از فخرالدین رازی در هشت جزء و تفسیر بیضاوی، و تفسیر الجلالین از جلال الدین محلی و جلال الدین سیوطی، و

۱- برای ترتیب سوره‌های مکی و مدنی قرآن به کتاب تاریخ القرآن ابو عبدالله زنجانی (قاهره ۱۹۳۵، ص ۲۷-۵۷) و کتاب تاریخ قرآن نولدکه (Noldeke, *Geschicht des Qorans*) چاپ گوتینگن ۱۸۶۰، ص ۴۵، و بعد آن) مراجعه شود.

۲- به‌الاتقان فی علوم القرآن از سیوطی، ج ۲، ص ۱۸۷ مراجعه شود.

۳- طبری از پیشوایان یکی از مذاهب از میان رفته اسلامی بود (چنانچه بدانها اشارت

غیر آنها^۱ میباشد. و از مشهورترین تفاسیر شیعه مجمع البیان و جامع الجوامع از فضل بن حسن طبرسی (متوفی بسال ۵۴۸ هـ)^۲ میباشد.

ترجمه معانی قرآن کریم

قرآن «بزبان عربی روشنی» فرستاده شده، چنانکه از آیات «بلسان عربی مبین» و «انا انزلناه قرآناً عربیاً لعلکم تعقلون»^۳ مستفاد میشود.

در موضوع جواز ترجمه قرآن بزبانهای دیگر بحث وجدال میان دانشمندان پیش آمده و این جدال اخیراً در مصر بالا گرفته است چه دولت مصر در سال ۱۹۳۶ با صدور تصویبنامه‌ای دائر بر اینکه «معانی قرآن کریم رسماً ترجمه شود و پیشوایان دانشگاه الازهر با یابوری وزارت فرهنگ مأمور این کار باشند» در حقیقت موافقت خود را باین امر اعلام داشت. منظور از این اقدام انتشار دین اسلام در میان ملت‌های دیگر و ریشه کن ساختن آثار زشت و ناپسند ترجمه‌های مغلوط بود.^۴

این امر بنا به پیشنهاد رئیس دانشگاه الازهر و به فتوای فحول دانشمندان و استادان دانشکده علوم شرعی صورت گرفت. ولی گروهی، از جمله «جمعیت المحامین الشرعیین»، در مقام معارضه برآمدند و بالاخره موافقان و مخالفان با احتجاجات و

۱- نام کتابهایی که درباره قرآن و تفسیر آن تألیف شده است در الفهرست ابن ندیم، ص ۲۶ به بعد آمده است.

۲- بکتاب احسن الودیعة فی تراجم مشاهیر الشیعة، از محمد مهدی کاظمی، چاپ بنگداد، ۱۳۴۸ هـ، ج ۲ ص ۲۰۴ رجوع شود.

۳- سورة شعراء (۲۶) ۱۹۵، و یوسف (۱۲) ۲.

۴- رجوع شود به آنچه در مجله المنار (سال ۱۳۴۳ هـ، ص ۷۹۵) درباره ترجمه انگلیسی غلطی که فرقه احمدیه در هند نشر کرده اند، آمده است.

نشر مقالات و رساله‌هایی بر علیه یکدیگر پرداختند.^۱

خلاصه ادله مخالفان این بود که زبان عربی شعار اسلام و مسلمانان است^۲ و قرآن کریم اسمی است شامل نظم و معنی و اگر ترجمه شود نظم آن پایرجا نماند و این تعریف بر آن صادق نخواهد بود^۳، «و ترجمه قرآن و ترجمه معانی آن جائز نیست و حریم قرآن باید از ترجمه دور بماند چه ترجمه را زیانهای است به دین و زبان و میهن»^۴ و «قرآن روح است و نور، ترجمه پذیر نیست چه ترجمه آنرا تباه میسازد»^۵.

اما طرفداران ترجمه با استدلالهای زیر متوسل شده‌اند :

نخست اینکه ایرانیان به سلمان (فارسی) نوشتند که سوره فاتحه را برای آنان به فارسی برگرداند و او چنین کرد و ایرانیان در نماز خود، ترجمه فارسی فاتحه را میخواندند^۶ و پیغمبر عمل آنان را نکوهش ننمود^۷.

دو دیگر اینکه ابوحنیفه نماز را به فارسی و هر زبان دیگر جایز میدانست و یاران او ابویوسف و محمد برای کسی که آشنائی به زبان عربی نداشت، این امر

۱- به کتاب «حدث الاحداث فی الاسلام اقدام علی ترجمه القرآن» از شیخ محمد سلیمان (چاپخانه سلفیه، مصر، ۱۳۵۵ هـ) و کتاب «الادلة العلمية علی جواز ترجمه معانی القرآن الی اللغات الاجنبية» از محمد فرید وجدی (مصر، ۱۹۳۶) رجوع شود.

۲- ابن تیمیه در کتاب «اقتضاء الصراط المستقیم فی کفة اصحاب الجحیم» (بنقل شیخ محمد سلیمان در کتاب حدث الاحداث، ص ۳۰).

۳- کتاب المنار از نسفی و شرح آن از ابن ملک، دار السعادة، ۱۳۱۴ هـ، ص ۹.

۴- فتاویٰ المحامین الشرعیین در ۱۲ حیزران سال ۱۹۳۶.

۵- حدث الاحداث، ص ۶۲.

۶- المبسوط از سرخسی، ج ۱ ص ۳۷.

۷- رسالة النفحة القدسية فی احکام قراءة القرآن و کتابته بالفارسية، از شرنبلالی،

را تجویز کردند . گویند ابوحنیفه هم از این عقیده عدول کرده و مانند یاران خود جواز نماز به زبانهای دیگر را مقید به ناتوانی وعدم آشنائی بزبان عربی کرد^۱.

سه دیگر اینکه دعوت اسلام مخصوص عرب نبود بلکه اسلام يك دين جهانی است و قرآن این سخن را تأیید میکند : « تبارك الذی نزل الفرقان علی عبده لیكون للعالمین نذیرا » . « قل الله شهید بینی و بینکم ، و اوحی الی هذا القرآن لاندركم به »^۲ و گفتار پیامبر مؤید این معنی است که گوید : « بعثت الی الناس عامة »^۳ و علت نزول قرآن به عربی همانا برای آسان کردن دعوت بود ، چه پیامبر و خویشاوندانش عرب بودند . چنانچه در قرآن آمده است : « فانما یسرناه بلسانک لعلهم یتذکرون » . « ولو نزلناه علی بعض الاعجمین ، فقرأه علیهم ماکانوا به مؤمنین »^۴.

و اما آنچه امروزه پذیرفته شده است اینست که ترجمه تحت اللفظی قرآن سخت مشکل و ممنوع است و « اما ترجمه آن به معنی که عبارت از تفسیر آن بزبانهای دیگر است ، جائز میباشد و البته مصلحت شرعی به اندازه کافی باید مراعات گردد »^۵.

۱- تبیین الحقایق شرح کنز الدقائق از ذیلی (ج ۱ ، ص ۱۱۰-۱۱۱) ، والمجموع شرح المذهب از نووی (ج ۳ ، ص ۳۸۰) ، و شرح الفقه الاکبر از ملا علی قاری (مصر ۱۳۳۲ ص ۱۳۶-۱۳۷) . و ابوحنیفه در جواز این عمل به آیه « وانه لفی زبر الاولین » (شعراء ۱۹۶) و به آیه « و انزلنا الیک اللکتاب بالحق مصدقا لما بین یدیه من الکتاب » (مائده ، ۴۸) استدلال کرده است . رک به الفتاوی الحدیثیه از ابن حجر ، چاپخانه التقدیم ، ص ۱۲۹ .

۲- سوره فرقان (۲۵) ، ۱ ، و انعام (۶) ۱۹ .

۳- بخاری آنرا روایت کرده است . شرح بخاری عینی (ج ۴ ، ص ۷) ، و الاحکام ابن ندیم (ج ۱ ، ص ۳۴) .

۴- دخان (۴۴) ۵۸ ، شعراء (۲۶) ۱۹۸-۱۹۹ .

۵- مجله المنار ، ۱۳۴۴ هـ ، ص ۴۹۲ .

به هر حال قرآن کریم به زبانهای معروف بیگانه: لاتینی^۱، انگلیسی^۲، فرانسه^۳، ترکی^۴، و غیره، يك یا چندین بار ترجمه شده است.

۱- نخستین ترجمه لاتینی بقلم پطرس محترم راهب کلنی بسال ۱۳۴۳ م بود. سپس ترجمه‌های دیگری شد که مشهورترین آنها امروز ترجمه‌ای از Maracci بنام *Alcorani* (*Textus universus*) است. *رك* به تاریخ القرآن زنجانی (ص ۶۹) و تاریخ العرب المطول از حتی (بیروت، ۱۹۴۹، ج ۱، ص ۱۷۴)، و مقاله اولیری در مجله اسلاميك ریویو (تشرین اول ۱۹۴۹، ص ۱۱-۱۲).

۲- قدیمترین آنها ترجمه اسکندر روس بسال ۱۶۴۹ است. همچنین ترجمه‌های رودول و بالمر و مولانا محمدعلی و مارمادیوک بکتول و ترجمه‌های دیگر نیز مشهور است.

۳- ترجمه‌های قرآن به فرانسه متعدد است، از جمله: ترجمه سافاری (*Savary*) و ترجمه کازیمیرسکی (*Kasimirsky*) و ترجمه (*Pesle*) همراه با احمد تیجانی (رباط مراکش)، و ترجمه بلاشیر (*Régis Blachir*)، و ترجمه‌های دیگر.

۴- در این باره قبلاً سخن گفته شد. و از ترجمه‌های ترکی جدید ترجمه عمر رضا طغرل *Omer Riza Dogrul*، اسلامبول، ۱۹۴۷ قابل توجه است.

فصل سوم

سنت

نگارش حدیث

سنت عبارت است از نقل قول و فعل و تقریر صاحب شریعت اسلام . بنا بر این سنت بر سه قسم است: نخست سنت قولی یا حدیث شریف که از گفتار نبی اکرم گرفته شده است . دوم سنت فعلی که از کردارهای آن بزرگوار مأخوذ است . سوم سنت تقریری که از سکوت او در برابر کردارهای دیگران و رضای او نسبت به کارهایی که با علم و آگاهی او از دیگران سرزده است ، استنباط و استنتاج میشود .

نبی اکرم نسبت به نگارش سنت نیز مانند نگارش قرآن فرمانی نداده حتی این عمل را نهی نیز کرده است: « لا تکتبوا عنی ، و من کتب عنی غیر القرآن فلیمحه ، و حدثوا عنی و لا حرج^۱ » (از سخنان من چیزی ننویسید و هر کسی جز قرآن چیزی از من ننویسد ، پس آنرا محو کنید ، ولی از گفتار من برای دیگران نقل کنید و با کی بر شما نیست) .

۱- به نقل مسلم در صحیح خود (ج ۸ ، ص ۲۲۹) و غیره .

قبلا نیز به امتناع عمر بن خطاب از جمع آوری حدیث اشارتی شد چه می‌توانید مبادا مردم بحدیث اقبال کنند و قرآن متروک بماند و نیز اشاره شد که در زمان عمر بن عبدالعزیز توجهی به جمع آوری حدیث مبذول گردید ولی سنت و حدیث تا زمان عباسیان بصورت مدون در نیامد و در آن عصر به جمع و تدوین آن اقدام گردید و مجموعه‌های معتبر حدیث پدیدار شد :

مسائید و مصنفات

مجموعه‌های حدیث دو قسمند : مسندها و مصنفات ، در مسندها . احادیث را بر حسب اسناد یعنی بر حسب نام محدثانیکه آنرا از پیغمبر روایت کرده‌اند ، گردآوری کرده‌اند ، و معروفترین آنها مسند امام احمد بن حنبل است که بیان آن گذشت . در مصنفات حدیث به ترتیب موضوع‌ها و مباحث حقوقی مرتب شده که مهمترین آنها موطاً از امام مالک است که پیشتر یاد شد .

در قرن سوم هجری مصنفات سنیمان ، معروف به کتابهای ششگانه نگاشته شدند و هر يك از آنها اجمالاً معرفی میشود^۱.

نخست صحیح بخاری از ابو عبدالله محمد بن اسمعیل بخاری (۱۹۴-۲۵۶ هـ)، دوم صحیح مسلم از ابوالحسن مسلم نیشابوری (۲۰۶-۲۶۱ هـ) . این دو نویسنده برای جمع آوری حدیث رنج‌ها برده و سفرها کرده و در صحت مضمون روایت و سلسله اسناد آن باریک بینی‌ها نموده‌اند بهمین جهت این دو صحیح بسیار ارزنده و مورد اعتماد قرار گرفته است . گفته‌اند که بخاری شانزده سال عمر خود را در

۱- در مورد طبقه‌بندی کتاب‌های حدیث مراجعه کنید به کتاب قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث، از جمال‌الدین قاسمی (دمشق ، ۱۹۲۵ ، ص ۲۲۵ به بعد) و کتاب حجة الله البالغة (ج ۱ ، ص ۱۳۲) .

تصنیف جامع الصحیح گذرانده است .

جامع الصحیح بخاری را اهل سنت پس از قرآن کریم بلندپایه ترین کتاب میدانند^۱ و بیش از هفت هزار حدیث در بردارد ولی تکرار در آن موجود است ، و در واقع چهار هزار حدیث بدون تکرار در آن یافت میشود . مهمترین شرحهایی که بر آن نگاشته شده است عبارت است از : فتح الباری در شرح صحیح بخاری از حافظ ابوالفضل احمد بن حجر عسقلانی شافعی (۷۷۳ - ۸۵۲ هـ) و عمدة القاری در شرح صحیح بخاری در بیست و پنج جزء از بدرالدین محمود عینی حنفی (۷۶۲ - ۸۵۵ هـ) میباشد .

صحیح مسلم در نظر جمهور پس از صحیح بخاری قرار گرفته است ولی دانشمندان مغرب زمین صحیح مسلم را بر صحیح بخاری ترجیح میدهند^۲ و صحیح مسلم با مکرراتی که دارد حاوی بیش از هفت هزار حدیث میباشد و بزرگترین شرح آن ، شرح نووی شافعی در هیجده جزء است .

پس از این دو صحیح ، چهار کتاب معروف به سنن اربعه قرار گرفته و بوسیله ابن ماجه (متوفی بسال ۲۷۳ هـ) و ابو داود سجستانی (متوفی بسال ۲۷۵ هـ) و ترمذی (متوفی بسال ۲۷۵ یا ۲۷۹ هـ) و نسائی (متوفی بسال ۳۰۲ یا ۳۰۳ هـ) گردآوری شده است . تصنیفات ابوالحسن الدار قطنی (متوفی بسال ۳۸۵ هـ) و مصابیح السنه ابو محمد بغوی (متوفی بسال ۵۱۰ یا ۵۱۶ هـ)^۳ پس از سنن اربعه شهرت دارند .

۱- ابن تیمیه میگوید : « ذریع آسمان پس از قرآن کتابی صحیحتر از صحیح بخاری و مسلم وجود ندارد » . رك فتاوى ابن تیمیه ، مصر ، ۱۳۲۶-۱۳۲۹ هـ ، ج ۲ ص ۱۹۴ .

۲- مقدمه ابن خلدون ، ص ۳۸۷ .

۳- برای اطلاع از شرح حال آنان بکتاب وفیات الاعیان از ابن خلکان مراجعه شود .

قانونی جدید کمتر یافت میشود. و ماده اول آن میگوید: «همانا انسان مدنی سرشت است و ممکن نیست که بتواند مانند حیوانات دیگر بصورت انفراد زندگی کند. بلکه نیازمند به تعاون و همکاری است که پیوندهای اجتماعی را بیافریند. باوجود این هر فردی آنچه را که ملائم طبع خود می بیند میخواهد، و بر آنچه مزاحم میشناسد خشمناک است. بنابراین برای حفظ عدالت و نظم میان مردم به قوانینی که مورد تأیید شریعت باشد نیازمند است.»

بطوریکه از تفسیر ماده مزبور برمیآید مدنی بودن عبارت از این است که انسان بحال انفراد زندگی نکند در صورتیکه این معنی بر حضری و بدوی هر دو صدق میکند چه، هر کدام در سرشت خود اجتماعی بوده و با بنی نوع خود زندگی میکند و در صحنه حیات بمعاونت و یاری او برخاسته است^۱.

ابن خلدون این حقیقت را با گفتار خود چنین روشن میگرداند: «تشکیل اجتماع بشری ضروریست و حکما این امر را به مدنی بالطبع بودن آدمی تعبیر کرده اند یعنی گزیری جز تشکیل اجتماع و تمرکز در شهرها و تأمین آبادیها... نیست چه يك فرد بشری اقتدار بر آوردن نیازمندیهای زندگی خود را ندارد و قوام وجود و دوام زندگی انسان ممکن نیست مگر با اجتماع و تعاون افراد بر تحصیل غذا و لباس و دیگر ضروریات خود. وقتی اجتماع تشکیل گردد معامله ها پیش میآید و نیازمندیها افزون میشود و افراد برای رفع نیازمندیهای خود دست بدست هم میدهند و هر يك حاجت دیگری را برمیآورد و چون از طرفی طبیعت حیوانی آنان از شهوت و غضب بافته شده و به زور و ستم ساخته و پرداخته گردیده، مزاحمت و مدافعت پیش میآید و کار به نزاع و پیکار منتهی میگردد و اگر قانون و حکمرانی نباشد که

۱- این با آنچه در شرح مجله استاد محاسنی (ج ۱، ص ۲۴) آمده است که معنی کلمه

مدنی، «بدوی نبودن است، مخالفت دارد».

اما نزد شیعیان چهار کتاب: کافی از محمد بن یعقوب کلینی (متوفی بسال ۳۲۸ یا ۳۲۹ هـ) ومن لایحضره الفقیه از ابن بابویه (متوفی بسال ۳۸۱ هـ) والاستبصار فی ما اختلف من الاخبار و تهذیب الاحکام از ابو جعفر محمد طوسی (متوفی بسال ۴۱۱ هـ)^۱ مهمترین مجموعه‌های احادیث و اخبار بشمار می‌روند.

سنجش صحت و سقم حدیث

پس از تدوین حدیث، علمی بنام «مصطلح الحدیث» بوجود آمد و مردان حدیث به یک سلسله بررسی‌ها و بحث‌های علمی انتقادی پرداختند و این مردان، رجال جرح و تعدیل نامیده شدند و قواعدی برای سنجش و نقادی حدیث وضع کردند و حدیث را بر حسب درجه اعتبار به صحیح و حسن و ضعیف و غیره تقسیم نمودند.^۲

سنت و حدیث دومین مصدر قانونگذاری اسلامی است که در حقیقت مبین مجملات نصوص و مفسر آیات و شارح کلیات احکام قرآن است و در کلیه مذاهب اسلامی لازم الاتباع شمرده شده است^۳ و آیاتی مانند: «ما آتاکم الرسول فخذوه و مانها کم عنه فانتهوا»، «اطيعوا الله و اطيعوا الرسول»، «من يطع الرسول فقد اطاع الله»^۴ و آیات دیگر بر این امر دلالت دارد و بطوریکه در باب آینده خواهیم دید فقط سنت مربوط به امور معیشت دنیوی از این حکم مستثنی است.

۱- به کتاب موسوعة الاسلامیة، زیر عنوان «شیعه» رجوع شود.

۲- به مقدمه ابن الصلاح «فی علوم الحدیث» (بمبئی، ۱۹۳۸، ص ۱۵ و ۳۰) و قواعد التحدیث قاسمی (ص ۵۵ به بعد) رجوع شود.

۳- مگر عده قلیلی که از عمل به کلیه احادیث سرباز زده‌اند (الام، ج ۷ ص ۲۵۰).

۴- سوره‌های حشر (۵۹) ۷، مائده (۵) ۹۲، و ساء (۴) ۸۰.

در مورد سنت بین مذاهب گوناگون اسلامی اختلاف پیدا شده است مثلاً شیعیان احادیث را که اخبار نیز نامیده‌اند، وقتی معتبر می‌شمارند که اسناد آنها به اهل بیت پیامبر ﷺ برسد. و دانشمندان شیعه باین حدیث تمسک می‌جویند که: «ان کل ما لم یخرج عن اهل البيت عليهم السلام فهو زخرف» یعنی هر حدیثی که به خاندان پیغمبر منتهی نشود بی‌ارزش است.

پس میان مذاهب سنی نیز دو دستگی پدید آمد، دسته‌ای بنام اهل رأی در عراق و دسته دیگری بنام اهل حدیث در حجاز. دسته اهل رأی از پذیرفتن احادیثی که گروه دوم بدان تمسک می‌جستند سر باز می‌زدند. و همچنین در علم مصطلح الحدیث و شرائط قبول حدیث اختلافاتی بوجود آمد.

روایت حدیث

حدیث بر حسب روایت بر سه قسم: متواتر، مشهور و واحد تقسیم شده است. متواتر آن است که بخودی خود افاده علم و یقین کند، زیرا به حادثه‌ای محسوس مستند است و راویان آن متعدّدند بنحویکه تبانی و سازش آنان در جعل خبر معقول نیست. حدیث مشهور عبارت از خبری است که راویان آن در اصل، يك یادونفر از صحابه بودند ولی از آن پس انتشار و تواتر پیدا کرده است. خبری را که متواتر و مشهور نباشد، خبر واحد گویند.

قبول خبر واحد یعنی خبری که يك راوی از دیگری نقل کرده است تا سلسله راویان به پیغمبر منتهی شده است، مورد اختلاف است. برخی با قیاس به اینکه گواهی یگانه، گواهی بی اثر است آنرا رد کرده‌اند و بعضی مانند پیروان مذهب ظاهری آنرا مطلقاً پذیرفته‌اند، و همچنین است نظر ابن حنبل بنا به یکی از دو روایت منقول از

او ، چه پیامبر به هنگام فتوی یا حکم دادن در موضوعی ، همه مردم مدینه را پیش نمیخواند تا گواه بر قضیه باشند ولی جمهور دانشمندان معتقدند که خبر واحد منقول بوسیله عادل افاده علم میکند و چنانچه محفوف به قرائن باشد پذیرفته میشود .

در خبر واحد شرط است که راوی آن ، مسلمان ، عاقل ، عادل و مشهور بضبط باشد . بنا بر این خبر منقول بوسیله زن و بنده و کور پذیرفته است بخلاف خبر منقول بوسیله کودک غیر ممیز ، دیوانه ، کافر و فاسق . جمهور فقیهان به عدالت و استقامت صحابه در روایت حدیث معتقدند و احادیث آنان را مورد اعتبار قرار داده اند و از آن میان ابوبکر ، عمر ، علی ، عبدالله بن مسعود ، عبدالله بن عمر ، عبدالله بن عباس ، معاذ ، عایشه ، ابوهریره و انس به صدق روایت معروفند .

حدیث با کلماتی چون حدثنا ، أخبرنا و انبأنا^۱ بوسیله راوی شروع میشود و سلسله راویان آن یا به پیامبر میرسید یا مرسل بود یعنی میان گوینده و پیامبر از ذکر واسطه ها خودداری شده بود . و حدیث مرسل که یکی از صحابه آنرا روایت کرده باشد بنا باجماع حجت است . و چنانچه راوی آن یکی از بزرگان تابعان باشد ، باز نزد همه پذیرفته است جز شافعی که آنرا مشروط بتأیید دلیل دیگر میداند . در صورتیکه خبر مرسل بوسیله کسی غیر از صحابه و تابعان روایت شده باشد ، پذیرفتن آن مورد نزاع است^۲ .

در صحت روایت حدیث به معنی نیز اختلاف است و رأی مختار بر جواز آنست بشرطیکه گوینده دانش کافی به دلالات الفاظ و موقعیتهای آنها داشته و خبر را

۱- رجوع شود به رساله شافعی (ص ۹۸ و بعد) والاحکام آمدی (ج ۱ ص ۱۶۱ به بعد)

والاحکام ابن حزم (ج ۱ ص ۱۰۸ به بعد) و مسلم الثبوت (ج ۲ ص ۸۸) .

۲- عبارت البخاری ، رک به شرح آن از عینی ، ج ۲ ص ۱۱ .

۳- شرح المنار از ابن ملک ، ص ۲۰۷ و بعد .

بدون افزایش معنی یا کاستن آن نقل کند^۱.

این اختلاف در دانش مصطلح الحدیث یکی از اسباب اختلاف مذاهب بشمار میرود و در نتیجه اگر حدیثی در مذهب صحیح شناخته شود ، چنین ایجاب میکند که پیروان این مذهب مطابق آن فتوی دهند ، برعکس دیگران که در صحت حدیث مزبور تردید دارند .

احادیث ساختگی

چه بسا احادیثی که در برخی از دورانهای تاریخ اسلامی بمنظور استفادههای سیاسی و حزبی یا برای رونق دادن به بازار داستان سرایان و منظورهای دیگر جعل شد^۲ و چنان رو بفزونی نهاد که بهیچوجه با احادیث دوران صحابه و پیروان آنها از بزرگان تابعین قابل قیاس نیست و احادیثی بی سر و ته و بی پایه و دور از خرد و منطق روایت کردند و صدق گفتار پیامبر ظاهر گردید که فرمود : « سیکون فی آخر امتی اناس یحدثونکم ما تسمعون انتم و لا آباءکم فایاکم و ایاهم »^۳ یعنی در نسلهای بعدی امت من ، مردمانی احادیثی برای شما روایت خواهند کرد که شما و پدران شما آن احادیث را نشنیده اید . پس از آنها دوری کنید .

از مثالهای حدیثهای جعلی : « الدیک الابیض صدیقی اوحیبی - خروس سفید دوست یا محبوب من است » . « الفأرة انها یهودیة - موش یهودی است » . « الضب کان یهودیاً عاقاً فمسخ - سوسمار یهودی عاق و الدینی بود که مسخ شد » . « السنور

۱- الاحکام آمدی (ص ۱۹۳) ، ورسالة شافعی (ص ۷۵) .

۲- رك. كتاب اللآلء المصنوعة فی الاحادیث الموضوعة (ج ۲ ، ص ۴۶۷-۴۷۴) در

مبحث راویان اخبار ساختگی .

۳- صحیح مسلم (ج ۱ ص ۹) و شرح آن از نووی (ج ۱ ، ص ۷۸)

عطسة الاسد - گربه عطسة شیر است . « الخنزیر عطسة الفیل - خوک عطسة فیل است . « اکل السمک ینذهب الجسد - خوردن ماهی مایه تباهی بدن میگردد . « قلب المؤمن حلویحب الحلاوة - قلب مؤمن شیرین و دوستدار شیرینی است . « لوکان الارز رجالا لکان حلیماً - اگر برنج انسان بودی همانا حلیم و بردبار بودی . « الباذنجان شفاء من کل داء - بادنجان درمان هر درد است . « العازب فراشه من نار - رختخواب شخص عزب از آتش است . « مسکین رجل بلا امرأة و مسکينة امرأة بالارجل - بیچاره مردیکه زن ندارد و بیچاره زنیکه شوهر ندارد . « اکرما عمنکم النخلة - عمه خودتان درخت خرما را گرامی دارید . « البحر هو من جهنم - دریا از دوزخ است . « شر الحمیر الاسود القصیر - بدترین خرن خر سیاه و کوتاه است .^۲

چنانچه این حدیث سازان از گفتار صاحب شرع : « من یقل علی مالم اقل فلینبوا مقعده من النار^۳ - هر کس از من چیزی را که نگفته‌ام روایت کند ، جایگاه خود را در دوزخ فراهم سازد » عبرت میگیرفتند و از برخی صحابه مانند عمر و زبیر و عبدالله بن مسعود و سعد بن ابی وقاص پیروی میکردند که حتی از نقل و تدوین حدیث بعلت ترس از تحریف و کم و کاست یا افزایش آن دوری می‌جستند ، روایت حدیث

۱- قرافی در کتاب خود الفروق ، ج ۳ ص ۸۵ این حدیث را صحیح شمرده است .
 ۲- رکن به کتاب تأویل مختلف الحدیث فی الرد علی اعداء اهل الحدیث از ابن قتیبه (ص ۹-۱۰) و رسالة المغنی عن الحفظ والکتاب از موصلی (مصر ، ۱۳۴۲ هـ ، ص ۱۱-۴۱ ، مع انتقادهای از حسام الدین قدسی ، چاپخانه ترقی دمشق ، سال ۱۹۲۵) ، و فتاوی ابن تیمیه (ج ۲ ص ۱۹۵-۱۹۸) ، و کتاب تحذیر المسلمین من الاحادیث الموضوعة (مصر ، ۱۹۰۳ ، ص ۶۳ و بعد) و کتاب اللآلئ المصنوعة (ج ۲ ص ۲۲۴ و ۲۲۸ و ۲۳۳ و ۲۳۸) .

۳- رکن بخاری بشرح عینی ، ج ۲ ص ۱۵۳ .

بصورت بهتری عملی میشد و شریعت اسلامی از اغلب پیرایه‌ها و ساز و برگ‌های دروغی افتراء آمیز مصون میماند. وجه بسیاری از نادانان و نابخردانی که بحديثی مجعول استناد میکنند و تهمت‌های ناروا به شریعت میزنند و دین را بصورتی که نیست جلوه گر میسازند.

البته نظر برخی از مستشرقین را نباید پذیرفت که بموجب آن هر حدیثی ساختگی است مگر اینکه دلیلی بر صحت آن وجود داشته باشد زیرا علماء حدیث بی جهت حدیثی را نپذیرفته‌اند بلکه در نقد و بررسی روایان حدیث و مراتب ضبط و عدالت آنان کوشش کرده و موازینی علمی و صحیح وضع کرده‌اند که با توسل بموازین مذکور میتوان با اطمینان خاطر به انتخاب حدیث راست و درست پرداخت^۱.

امروزه می‌بینیم که پیشوایان مذهب سلفیه جدید بر روش تقلید می‌تازند و خود شخصاً به اجتهاد و نقادی می‌پردازند تا جائیکه کلیه احادیث مندرج در دو صحیح بخاری و مسلم را نیز نمی‌پذیرند. و این نکته را ثابت کرده‌اند که شخص بخاری و همچنین روایان او مصون از لغزش نبوده‌اند^۲.

۱- ر.ک به فهرست کتابها و دستنویسهای زیادی که دکتر عبدالقادر در کتاب خود تاریخ الفقه الاسلامی، ج ۱ ص ۳۰۳-۳۰۴ از آنها یاد کرده است.

۲- به مجله المنار سال ۱۳۴۷ هـ (ص ۵۰۷-۵۱۶) و نیز به کتاب سیرالاسلام و اصول التشريع العام از آقای محمد رشید رضا (مصر، ۱۹۲۸) مراجعه شود.

فصل چهارم

اجماع

ادلة اجماع

از کتاب وسنت که بگذریم «اجماع» سومین مصدر قانونگذاری اسلام، در نظر جمهور فقهاء بشمار میرود و آن عبارت از یگانگی نظر و اتفاق رأی کلیه دانشمندان اسلامی يك عصر است بر حکمی شرعی.

مستند حجیت اجماع آیاتی از قرآن و دلائلی از سنت و حکم عقل است که خلاصه آن چنین است :

اول، قرآن کریم :

۱- آیه کریمه : «ومن یشاقق الرسول من بعد ما تبین الہدی ویتبع غیر سبیل المؤمنین نولہ ماتولی و نصلہ جہنم و ساءت مصیرا»^۱. اجماع همان راهی است که پیروی کردن از آن بر مسلمانان واجب شمرده شده است.

۲- آیه : «یا ایہا الذین آمنوا اطیعوا اللہ و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم

فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله و الرسول^۱. یعنی اجماع شما در صورت نبودن مخالف پذیرفته است.

۳- آیاتی مانند « و اعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا ». « كنتم خیرامة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ». « و كذلك جعلناكم امة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس ». « یا ایها الذین آمنوا اتقوا الله و كونوا مع الصادقین »^۲.
دوم سنت :

۱- حدیث «امتی لاتجتمع على الخطا او على الضلالة»^۳ - امت من بر اشتباه یا گمراهی متفق نمیشود .

۲- حدیث «یدالله مع الجماعة»^۴ - دست خدا همراه جماعت است .

۳- گفتار ابن مسعود : «ما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، و ما رأه المؤمنون قبیحاً فهو عند الله قبیح»^۵ - آنچه در نظر مسلمانان نیکوست نزد خداوند نیز نیکو است و آنچه نزد ایشان زشت است نزد خدا نیز ناپسند بشمار میرود .

۴- خرد و عقل : چون از خرد بدور است که کلیه مجتهدان و قانون دانان

۱- سورة نساء (۴) ۵۹ .

۲- آل عمران (۳) ۱۰۳ و ۱۱۰ ، بقره (۲) ۱۴۳ ، توبه (۹) ۱۱۹ .

۳- ابن حزم گوید این حدیث در معنی صحیح است اگر لفظ وسندش صحیح نیست ، (الاحکام ج ۴ ، ص ۱۳۳) . و همین نکته را مناوی در کنوز الحقائق (ص ۱۳۸) از ابن ابی عاصم نقل کرده است .

۴- به نقل سیوطی در الجامع الصغير ، شماره ۱۰۰۰۴ از ترمذی .

۵- برخی چون آمدی در الاحکام ، ج ۱ ، ص ۱۱۲ ، این سخن را حدیث دانسته اند ، ولی این نظر اشتباه است و این سخن از عبدالله بن مسعود است . بطوریکه سخاوی در المقاصد الحسنة و علائی و سایرین روشن نموده اند . احمد آنرا در کتاب السنة آورده است . رجوع شود به شرح الحموی علی الاشباه (ج ۱ ، ص ۱۲۷) ، و شرح المجامع (ص ۳۰۸) .

بر امری بخطا اتفاق کنند و یکی از آنان هم به حقیقت قضیه پی نبرد .

معنی اجماع و شروط آن

اجماع نزد جمهور دانشمندان اتفاق و یگانگی نظر جمیع مجتهدان اسلامی است بر حکمی در زمانی از زمانها . بنابراین فقط عمل اهل مدینه برای حصول این منظور کافی نیست برخلاف نظر امام مالک که مدینه را دار هجرت و خانه صحابه و همچنین اهل مدینه را عارف به وحی و احوال صاحب شریعت میدانند و از اینرو اجماع ایشان را به تنهایی حجت میدانند ، چه پیامبر ﷺ گفته : «انما المدينة کالکیر تنفی خبثها وینصع طیبها ... وهی المدينة تنفی الناس کما ینفی الکیر خبث الحدید»^۱ - همانا مدینه چون دمه آهنگری است که ناخالصیها را از بین میبرد و خالص و پاکیزه آنرا عرضه میدارد و همچنانکه دمه آهنگری زنگ آهن را برطرف میسازد مدینه نیز مردم را پاکیزه میکند .

و همچنین بنابر مذهب مختار لازم نیست که اجماع فقط از طرف صحابه پیغمبر شده باشد بلکه اجماع دیگران نیز مقبول است گرچه احمد بن حنبل و داود ظاهری با این نظر مخالفند و اجماع را مختص به صحابه میدانند^۲ و نیز تنها اتفاق خلقی راشدین اجماع محسوب نمیشود مگر در صورتیکه با اتفاق آنان کسی مخالفت نکند . با نظر اخیر نیز قاضی ابو حازم حنفی ، در یکی از دو روایت منقول مخالفت کرده اند و این دو نفر باستناد حدیث شریف «علیکم بسنتی وسنة الخلفاء الراشدين»^۳ - بر شما

۱- الموطأ و شرح آن تنویر الحوالک (ج ۲ ، ص ۲۰۱-۲۰۲) ، و البخاری و شرح آن

از عینی (ج ۱۰ ، ص ۲۴۵) و مسلم و شرح آن از نووی (ج ۹ ، ص ۱۵۳) .

۲- اعلام الموقعین (ج ۱ ، ص ۲۴) ، و الاحکام از ابن حزم (ج ۴ ، ص ۱۴۷) .

۳- پاره ای از حدیثی است که احمد و ترمذی و ابو داود سجستانی روایت کرده اند .

باد به پیروی کردن از سنت من و سنت خلقای راشدین ، اجماع این خلفاء را قبول دارند .

اجماع یا با ابداء رأی بصورت روشن و واضح و یا با سکوت حاصل میشود بدین معنی که یکی از مجتهدان در مسأله ای نظریه ای صادر کند و کلیه مجتهدان عصر از آن نظریه اطلاع پیدا کنند و خلاف آن سخنی نگویند . اکثریت اصحاب ابوحنیفه این چنین اجماع را حجت دانسته اند ولی شافعی آنرا تأیید نکرده است و آمدی در این خصوص میانه روی کرده و گفته است که اجماع سکوتی موجب ظن است و استدلال بدان موجب قطع نیست^۱ . این بود خلاصه آراء مذاهب سنی در اجماع . اما شیعیان اجماعی را می پذیرند که از خاندان پیغمبر سرچشمه بگیرد و یا پیشوای معصوم مجتهدان در اجماع آنها شرکت کنند بنابراین اجماع نزد آنان اتفاق رأی دانشمندان است بنحویکه مشتمل بر قول معصوم علیه السلام باشد^۲ . دقت در مراتب بالا میرساند که تمام قضایائیکه در کتاب و سنت منصوص نیستند و یا نص موجود ظاهر و روشن نیست ، اجماع میتواند با تأثر از آراء مجتهدان وقت ، نظر شریعت اسلام را بحسب تغییر زمان و عرف روشن سازد .

۱- الاحکام ، ج ۱ ، ص ۱۳۰ .

۲- حل العقود لعقد الفحول از محمد باقر مرتضی طباطبائی (چاپخانه تبریزی ، ۱۲۹۱ هجری ، ص ۴۴) و کتاب عناوین الاصول از شیخ محمد مهدی کاظمی (بفداد ، ۱۳۴۲ ه ، ج ۲ ، ص ۷) و کتاب التقرير والتحבیر (ج ۳ ، ص ۹۸) .

تجاوزات را مهار کند، ارکان جامعه از هم میپاشد.^۱

هر کس در تاریخ تحقیق و تتبع کند قوانین «مقررات مؤید عدل و نظام در جامعه» زمانهای پیشین را آمیخته به عادات موروثی قبائل می بیند و متوجه میشود که قانون در عصر قدیم از سایر عادات اجتماعی و مذهبی و اخلاقی و غیر آنها جدائی نداشته است و این مزج و اختلاط يك حقیقت تاریخی است که مورد قبول همگی پژوهندگان در تاریخ حقوق میباشد مانند ماین انگلیسی^۲ و دوکولانژ فرانسوی^۳ که در این نکته غور نموده و با اقامه شواهد مأخوذه از تاریخ هند قدیم و یونان و روم و سایر ملل قدیمه صحت آنرا به بهترین وجهی که بتواند هر نوع رأی مخالفی را (مانند رأی دیاموند نویسنده انگلیسی)^۴ ابطال نماید ثابت کرده اند. عادات مذکور همانند بساطت و سادگی حیات اجتماعی بسادگی آغاز شده است. و ضمانت اجرائی آنها به افکار عمومی و تسلط رئیس معنوی قبیله و احیاناً به قدرت افراد با توجه بقاعده «الحق للقوة» بستگی کامل داشته است.

این امر با پیشرفت تمدن بشری تغییر نموده و ارتباطات بین مردم ازدیاد یافته و روز بروز تودرهم و پیچیده شده و احتیاج مبرمی بوجود قوانین روشنی که حقوق و حدود را تأمین نماید احساس گردیده است. بالنتیجه قوانین اجتماعی از دیگر عادات جدا شده و دولت ها جانشین رؤسای قبایل شده اند، و اجرای قوانین را بداد گاهها و نیروهای اجتماعی سپرده اند.

۱- مقدمه ابن خلدون، چاپخانه بهیه، مصر، ص ۳۵، ۱۶۲، ۱۶۳، ۳۱۴.

۲- «قانون قدیم» (Henry-Sumner Maine's Ancient Law).

۳- «شهر قدیم» (La Cité Antique de Fustel de Coulanges).

۴- بکتاب «قانون العصور الاولی»، لندن، ۱۹۳۵. (Diamond's Primitive Law) و

نقد این کتاب در ص ۱۵ مجموعه قوانین سال ۱۹۳۵ انگلستان رجوع شود.

فصل پنجم

قیاس

معنی قیاس

با انتشار فتوحات و توسعه کشورهای اسلامی و با گذشت زمان متدرجاً مسائل و موضوعات تازه‌ای خودنمایی کرد که در کتاب و سنت، پیشینه نداشت و از اجماع نیز بر خوردار نبود. فقیهان برای حل این قبیل مسائل ناگزیر چنگ بدامن خرد و منطق و رأی زدند ولی در پیروی از خرد چندان آزاد نبودند بلکه رعایت احکام و قواعد علمی چندی ضروری مینمود. بدینجهت باب قیاس بوجود آمد و منبع چهارم احکام شریعت اسلام شناخته شد.

قاعده اصولی بر این جاری شد که هر حکمی متضمن مصالح و مقاصدی است و همین مقاصد و مصالح است که علل احکام و باعث وجود قوانین هستند. پس اگر ما بتوانیم علت صدور حکمی را در مورد منصوص دریابیم میتوانیم در موارد دیگر که دارای همان علت است نظیر مسأله نخست بقیاس حکم کنیم.

چون حرمت شرب خمر منصوص است و علت تحریم خاصیت مست کننده بودن

آنست بنابراین نبیذرا در صورتیکه فرض کنیم که بصراحت تحریم نشده باشد بلحاظ وجود علت جامع یعنی مست کنندگی باید حرام دانست^۲ و نیز در مواردیکه علت حرمت یعنی مست کنندگی منتهی شود حرمت نیز از میان میرود.

مثال دوم - بموجب قانون اسلام بیمار در مرض منتهی بمرگ از تصرفاتی که به زیان ورثه یا بستگان کاران باشد ممنوع است خصوصاً در مورد اقرار و بخشش. و علت این ممنوعیت مبتنی بر احتمال مرگ است بنابراین حقاً این حکم در مورد شخص محکوم باعدام یا کسی که به میدان مبارزه و جنگ میرود و ماندهای آن نیز باید عملی شود.

مثال دیگر: دیوانه از لحاظ تصرفات مالی در حکم صغیر غیر ممیز و معنوه در حکم صغیر ممیز است و این بملاحظه قیاس در علت آنها است چه نداشتن عقل و ادراک علت حکم دوم است^۳.

فقیهان در قیاس عکس نیز بهمین راه رفته اند و در مواقعیکه علل و اوصاف مؤثر در مورد تازه با اسباب و علل مورد منصوص متحد نباشد حکم مسأله منصوص را شامل مورد تازه نکرده اند.

پس قیاس در اصطلاح بر دو گونه است: قیاس طرد و قیاس عکس. اولی «برابر گردانیدن فرع است با اصل از جهت وجود علت مستنبطه از اصل در فرع»^۴

۱- در حقیقت نبیذ و کلیه مسکرات به نص حدیث «کل مسکر خمر و کل خمر حرام» حرامند (صحیح مسلم ج ۶، ص ۱۰۱).

۲- الفروق از قراقی (ج ۲، ص ۳۵).

۳- بکتاب النظرية العامة للموجبات والعقود فی الشريعة الاسلامیة، ج ۲، ص ۱۱۷.

و ۱۳۶ رجوع شود.

۴- بر حسب تعریف آمدی در احکام، ج ۳، ص ۶، ابن حجب آنرا چنین تعریف کرده است: «برابری فرع و اصل در علت حکم» و بیضاوی در المنهاج میگوید که «اثبات *

ولازمه این کار الحاق چیزی است به همانند خود و برابر نمودن آن دو است به لحاظ یگانگی علت. و دومی «استخراج حکمی است نقیض آنچه در دیگری است به لحاظ افتراق در علت»^۱. کلمه قیاس بطور مطلق بر نوع اول که شایع و مهم تر است دلالت دارد و معنی این نوع از قیاس در واقع همان اندازه گیری و همانندی در حکم است که با معنی لغوی نیز هماهنگی دارد.

ادله قیاس

قیاس نیز یکی از موجبات اختلاف میان مذاهب اسلامی است. شیعه امامیه^۲ و داود ظاهری و پیروانش^۳ از قیاس دوری جسته ولی جمهور فقیهان و شیعه زیدیه آنرا پذیرفته اند^۴.

همچنین جمهور فقها در اندازه اعتقاد به قیاس باهم منفق القول نیستند بلکه اهل رأی یا مدرسه عراق در قیاس به توسع قائل اند بطوریکه بنظر برخی از حنفیان مجرد همانند بودن در صفات را بدون توجه به علت برای قیاس کردن کافی دانسته اند در صورتیکه اهل حدیث یا مدرسه حجاز در این مورد بسیار سختگیری نموده اند حتی تا جائیکه احمد بن حنبل حدیث مرسل و ضعیف را بر قیاس ترجیح داده و استعمال قیاس را فقط بهنگام ضرورت جایز دانسته است^۵. موضوع قیاس جدال بزرگی

* مثل حکم معلوم است در معلومی دیگر بجهت اشتراك آن دو در علت حکم بقیده مثبت ،
نهاية السؤل اسنوی (ج ۳ ، ص ۲) .

۱- بموجب تعريف آمدی در الاحکام (ج ۳ ، ص ۴) .

۲- حل القول (ص ۵۳) .

۳- الاحکام از ابن حزم (ج ۷ ، ص ۵۳-۵۶) .

۴- نهاية السؤل از اسنوی (ج ۳ ، ص ۸) .

۵- اعلام الموقعين (ج ۱ ، ص ۲۵-۲۶) .

میان مخالفان و موافقان آن ایجاد کرد و هر يك از دو گروه بدلائلی بشرح زیر استناد کرده اند .

مخالفان قیاس مدعی هستند که نیازی بدان ندارند، چه قرآن حکیم بموجب آیات کریمه «ونزلنا عليك الكتاب تبیاناً للکلی شیء» ، «ما فرطنا فی الكتاب من شیء» ، «وما اختلفتم فیہ من شیء فحکمہ الی الله»^۱ راهی برای قیاس باقی نگذاشته است .

ثانیاً قیاس حکم ظنی است و نمیتوان بدان اعتماد کرد چه «وان الظن لا یغنی من الحق شیئاً»^۲ و گفتار پیغمبر است که «اعظمها فتنه علی امتی قوم یقیسون الامور برأیهم فیحلون الحرام و یحرمون الحلال»^۳ - بزرگترین فتنه بر امت من گروهی هستند که کارها را به رأی خود مقایسه میکنند و حرام را حلال و حلال را حرام مینمایند . و برخی صحابه و تابعان قیاس را ناپسند شمرده اند و بالاخره نتیجه میگیرند که قیاس مایه اختلاف رأی و پراکندگی و تشتت در مذهب و اجتهاد میگردد .

اما ادله جمهور فقها بر جواز عمل به قیاس عبارتند از :

نخست در قرآن آیاتی مانند «و تلك الامثال نضر بها للناس وما یعقلها الا العالمون» ، «فاعتبروا یا اولی الابصار»^۴ وجود دارد . تشخیص امثال و اعتبار وقتی ممکن است که با اندازه گیری و سنجش و نیز با توجه بامور دیگر همراه باشد و قیاس هم چیزی از این گونه است .

دو دیگر سنت . بطوریکه در حدیث شریف آمده است : «انا اقضی بینکم بالرای فیما لم ینزل فیہ وحی» ، (در مواردیکه وحی نازل نشده است در میان شما به رأی

۱- سوره های نحل (۱۶) ۸۹ و انعام (۶) ۳۸ و شوری (۴۲) ۱۰ .

۲- سوره نجم (۵۳) ۲۸ .

۳- اعلام الموقنین (ج ۱ ، ص ۲۱۷ و ما بعد آن) .

۴- سوره عنکبوت (۲۹) ۴۳ ، حشر (۵۹) ۲ .

قضاوت میکنم). و همچنین روایت شده که پیغمبر اکرم (ﷺ) به ابن مسعود گفت: «اقض بالكتاب و السنة اذا و جدتهما فاذا لم تجد الحکم فیهما اجتهد رأيك» (موافق کتاب و سنت قضاوت کن، هر گاه آن دو را یافتی و چنانچه حکمی در آن دو نیابی رأی خود را بکار انداز). و نیز به معاذ و ابوموسی اشعری به هنگامیکه آنان را بدادرسی در یمن میفرستاد همین معنی را سفارش کرد^۱. و نیز روایت شده است که زنی از قبیله جبهینه بمحضر پیامبر رسید و گفت «مادر من نذر کرده بود که حج کند و به نذر خود وفا نکرد و مرد. آیا من بجای او حج کنم؟ گفت آری تو بجای او حج کن. اگر مادرت بدهی میداشت مگر نه این است که بدهی او را میپرداختی. پس حق خدا را بجای آور زیرا خداوند سزاوارتر است به وفا»^۲ و استدلال کرده اند که پیامبر قضاء فریضه حج را بروجوب اداء دین قیاس کرد.

سه دیگر اینکه صحابه براستعمال قیاس اجماع کرده اند و از آن جمله عمر بن خطاب است که با بوموسی اشعری نوشت «امثال و اشباه را بشناس و در امور قیاس کن»^۳ همچنین روایت شده که عمر از صحابه کیفر شرابخواری را پرسید و علی ابن

۱- الاحکام آمدی (ج ۳، ص ۷۷، بیعد). حدیث معاذ مرسل است و آنرا احمد و ابو- داود و ترمذی نقل کرده اند که چون معاذ به قضاء یمن منصوب شد پیامبر از وی پرسید «بر چه مبنی حکم میکنی، گفت بموجب کتاب خدا، گفت اگر در آن چیزی نیافتی، گفت بسنت رسول خدا، گفت اگر در آن نیز نیافتی، گفت با نظر خود اجتهد میکنم، و پیامبر آنرا تأیید کرد. در مورد تردیدی که بعضی از دانشمندان در صحت این مطلب نموده اند به تاریخ الفقه الاسلامی از دکتر عبدالقادر (ج ۱، ص ۷۰ و ۲۱۰) رجوع شود.

۲- و بهمین معنی روایت شده است از دختری خثمی که در مورد حج از طرف پدر خود چگونگی را از پیامبر پرسید. رک به بخاری شرح عینی، ج ۱۰، ص ۲۱۲ و ۲۱۴.

۳- در مبحث اجتهد از اختلافاتی در این عبارت منقول از عمر شده است با توجه بمصادرش سخن بمیان خواهد آمد.

ابطال گفت «حد مفتری را بر او باید جاری کرد» یعنی هشتاد تازیانه، چه «کسی که شراب خورد مست میشود و اگر مست کرد هذیان میگوید و زمانی که یاوه گوئی نمود افتراء میگوید»^۱ اینجا هم شرب مسکر به افتراء قیاس شده است.

چهارم آنچه را که مخالفان قیاس میگویند قیاس رأیی است که بدلخواه صادر میشود و این قیاس باطل است. قیاس صحیح و قابل قبول آن است که مستند به علتی حقیقی و آشکار باشد. در این صورت قیاس را معارضه‌ای بانصوص نیست زیرا حدیث منقول صحیح نقیاً و اثباتاً همراه بامعقول صحیح میباشد.^۲

ارکان قیاس و شروط آن

قیاس چهار رکن دارد: اصل یا مقیس علیه و فرع یا مقیس و حکمی که قیاساً جاری میشود و علت یا وصفی که مقیس و مقیس علیه هر دو در آن شریکند و علت قیاس بشمار میرود.

در مثالی که قبلاً یاد کردیم شراب اصل و نبیذ فرع و مست کننده بودن علت و تحریم حکم شرعی است.

بنابر قول مختار صحت قیاس مشروط بر اینست که صفات زیر را دارا باشد: نخست آنکه علت یعنی انگیزه همان باشد که شرعاً منظور نظر بوده است. علت باید آشکار و فی حد ذاته کامل باشد نه پنهان و متشتمل.^۳

۱- آنرا مالک در الموطأ روایت کرده است (نگاه کنید به شرح آن، تنویر الحوالک،

ج ۲، ص ۱۷۸) و سایرین هم باختلاف در لفظ آنرا روایت کرده‌اند.

۲- اعلام الموقعین (ج ۲، ص ۲۴).

۳- الاحکام از آمدی (ج ۳، ص ۱۲، ببعد).

دوم وحدت علت در مقیاس و مقیاس علیه چه مجرد شباهت در اوصاف قیاس را جائز نمیکند. زیرا وقتی میتوان چیزی را در حکم چیزی دیگر ملحق کرد که از تمام جهات و مراتب و رواتب با یکدیگر مساوی باشند^۱.

سوم اینکه حکم اصل یا مقیاس علیه عمومیت داشته باشد و قیاس به واقعه‌های خاص و امور استثنائی جائز نیست. در قواعد المجامع آمده است که «نص برخلاف قیاس فقط به مورد خود منحصر است» و همچنین قاعده کلی منقول در المجله (ماده ۱۵) حاکیست که «آنچه برخلاف قیاس جاری گردد نمیتوان چیزی را بر آن قیاس کرد» این معنی با قاعده معروف حقوق جدید که میگوید «موارد استثنائی را به سختی میتوان تفسیر کرد» مطابقت دارد^۳.

مثلاً نصاب گواهی در المجله دومرد با يك مرد و دو زن است ولی از پیامبر روایت شده است که گواهی خزیمه بن ثابت انصاری را بمنزله گواهی دومرد دانست یعنی تنها شهادت خزیمه را برای اثبات قضیه معروضه برخلاف قیاس کافی شمرد. این استثناء مخصوص خزیمه است و جمهور فقیهان بدان قیاس ننموده و گواهی شاهد

۱- قاعده ایست کلی که در مجامع الحقایق آمده است. مراجعه کنید به شرح آن،

منافع الدقایق (ص ۳۲۲).

۲- المجامع و شرح آن المنافع (ص ۳۳۱-۳۳۲).

۳- *Exceptiones strictissimae interpretantur.*

۴- ماده ۱۶۸ از المجله که شرح آن خواهد آمد.

۵- بروایت بخاری (رجوع کنید بشرح آن از عینی ج ۱۴ ص ۱۰۴) و نیز این حدیث

در مسند امام حنبل چنین آمده است: شهادت خزیمه بر له یا علیه هر کس کافیت (نگاه کنید به کنوز الحقایق فی حدیث خیر الخلائق از امام مناوی، مصر، ۱۳۰۵ هـ، ص ۱۱۸).

۶- عده ای از قضات سلف بر این رفته اند که اگر راستی گواهی گواه واحد معلوم

شود بدون سوگند پذیرفته است و این قیاس به حدیث خزیمه است (الطرق الحکمیة فی السیاسة*).

واحدی، جز او را نپذیرفته‌اند.

نتیجه اینکه قیاس دلیل صحیح و معتبری شمرده نمی‌شود، مگر اینکه دارای شروط معینی باشد و بر قواعدی علمی و منطقی استوار گردد.

فصل ششم

ادله شرعی دیگر

انصاف و خیر مطلق

شرح منابع چهار گانه حقوق اسلامی که مورد توافق جمهور فقها بود در فصل پیشین گذشت و دیدیم که نخستین منبع قانونگذاری در اسلام نص و سپس رأی است. نص اعم از کتاب یا سنت بر دیگر دلایل مقدم است و کلیه مذاهب بر آن متفقند و به هنگام نبودن نص، رأی مورد توجه قرار میگیرد و در رجوع به رأی، نخست به رأی مورد اجماع مجتهدان يك دوره و زمان یعنی «اجماع» باید توجه کرد و سپس به رأی مبتنی بر قیاس؛ البته با همان شروط و حدودی که قبلاً گذشت.

در فصل گذشته آغاز اختلاف فقیهان در مورد شرائط پذیرفتن حدیث و اجماع و قیاس هم گفته شد، اما باید دانست که اختلاف آنان در مواردیکه برای اعمال هیچیک از ادله چهار گانه مذکور جائی نباشد بیشتر شدت دارد چه برخی بمنابعی دیگر تمسک کرده اند که اساساً نزد دیگران قابل قبول نیست، مانند استحسان و مصالح مرسله و استصحاب.

همگی این منابع تازه بر پایه رأی و بکار انداختن عقل و خرد و مطالعه علل

احکام و پیروی از مقتضیات مردم در حیات اجتماعی آنها و مراعات نزدیکترین چیز به خیر مطلق^۱ و عوامل دادگری و انصاف بنا شده اند.

دادگری حقیقی و انصاف، اساس قانونگذاری اسلامی است چه قانونگذاری اسلام از سرچشمه‌ای الهی ملهم و مشتمل بر قواعد دینی و اصول اخلاقی و معاملات اقتصادی است و طبیعی است که این احکام با یکدیگر آمیخته میشوند و از یکدیگر متأثر میگردند همچنانکه طبیعی است که این اصول و قواعد و ادله و بررسی‌های آنها در يك راه بکار افتاده و درس‌ها یگانه گشته و در نفوس ریشه دوانیده بطوریکه مراعات آنها خشنودی خدا و خلق را بصورت خاصی جلوه گر میسازد.

بدینجهت است که دادگری و نیکوکاری در يك آیه «ان الله یامر بالعدل و احسان»^۲ جمع و چنان بهم آمیخته شده اند که گوئی مترادف یکدیگرند و وظیفه هر فرد بمقتضای عدالت اینست که از زیان رساندن به برادر دینی خودداری کند و آنچه را که برای خود نمی‌پسندد برای دیگران نیز روا ندارد و در معاملات راستی و صفا پیشه خود سازد و بالاخره نیکوکاری و جوانمردی و گذشت از تجلیات استیفاء حقوق برادری در اسلام بشمار میرود^۳.

بنابراین وقتی در چهارچوبه منابع چهارگانه حکم موضوعی را نتوان یافت توجه اجتهاد به روح شریعت و انگیزه‌های بزرگ آن یعنی عدالت حقیقی معطوف میگردد که قوانین بشری هرچه پیشرفت کند باز هرگز بدان راه نمیرسد.

۱- حجة الله البالغة از احمد عبدالرحیم معروف به شاه ولی الله چا پخانه منیریه ۱۳۵۲ هـ

(ج ۱، ص ۱۷).

۲- سورة نحل (۱۶) ۹۰.

۳- احیاء علوم الدین از غزالی چا پخانه عثمانیه مصر، ۱۳۵۲ هـ (ج ۲، ص ۶۶ و

معنی قانون

ریشه کلمه قانون یونانی است^۱ که از راه زبان سریانی^۲ وارد زبان عرب شده است و در اصل بمعنی «خط کش» بکار رفته و بعد بمعنی «قاعده» برگشته و امروز در زبانهای اروپائی بمعنی شریعت کلیسائی استعمال میگردد^۳.

قانون در لغت عرب مقیاس و معیار هر چیزی^۴ را گویند که بتعبیر کلی تر در آمده و بهر قاعده کلی الزامی اطلاق شده است، فی المثل گفته میشود: قانون بهداشتی، قانون طبیعی و غیره^۵. اما در اصطلاح کمتر مورد استعمال فقیهان مسلمان بوده است و آنان بجای قانون کلمات: شرع، شریعت و حکم شرعی بکار برده اند و بزودی در این خصوص سخن بمیان خواهد آمد. در حال حاضر قانون سه معنی اصطلاحی ذیل را افاده میکند:

معنی اول عمومی است و منظور از آن کلیه قوانین مدونه یا همه احکام شریعت^۶ میباشد. مثلاً گفته میشود قانون جزای عثمانی و قانون «موجبات و عقود لبنان» و غیره.

۱- Kanôn. دائرة المعارف اسلامی تحت کلمه Kanun.

۲- بنابکارش تاج المروس (ج ۹، ص ۳۱۵) کلمه قانون رومی (یونانی) یا فارسی است و بنا بنوشته محیط المحيط، سریانی است. حق اینست که کلمه قانون یونانی است و زبان غرب آنرا مانند کلمات دیگر یونانی از طریق زبان سریانی گرفته است.

۳- Canon Law, Droit Canonique.

۴- ابن منظور، لسان العرب، ج ۷، ص ۲۲۹ و فیروزآبادی، قاموس المحيط، ج ۲، ص ۲۶۹، این کلمه یکی از آلات موسیقی شرقی هم اطلاق میشود.

۵- غزالی در المستصفی من علم الاصول، مصر ۱۹۳۷، ج ۱، ص ۸ از قوانین حد باین معنی طرح سخن نموده است.

۶- Codex, Code.

از زمانهای پیشین اصل انصاف^۱ در تاریخ قوانین روم و انگلستان نقش درخشانی داشته است و قاضی القضاة رومان «پری تور»^۲ وقضات دادگاههای عدالت انگلیسی^۳ قوانین را تعبیر و تعدیل مینمودند و موارد نقص آنها را برطرف کرده^۴ و آنها را با مقتضیات زندگی و مبادی حق وفق میدادند.

اینک میخواهیم باقی منابع حقوق اسلامی را بطور اختصار شرح داده و بحث را بسوی تغییر احکام و مغایرت اجتهاد با نصوص معطوف داریم.

استحسان

بطوریکه گذشت امام اعظم ابوحنیفه نعمان و پیروان او در عمل به رأی به توسع قائل بودند و به مقتضای آن در عمل به قیاس مبالغه کردند تا جائیکه آنرا میزان و مأخذ کلیه احکام منصوص و غیر منصوص قرار دادند.

ولی اگر دلیلی نیرومندتر از قیاس در کتاب یا سنت یا اجماع دیده می شد قیاس ظاهر آشکارا ترك می کردند و از روی استحسان بدلیل قوی تر تمسك میکردند.

برای روشن شدن مطلب نمونه های زیرین آورده میشود: قاعده براین جاریست که خرید و فروش هر چیز معدوم یعنی آنچه هنگام عقد وجود ندارد باطل است^۵ با در نظر گرفتن این قاعده باید قیاساً عقد اجاره که در واقع خرید و فروش منافع غیر

۱- *Aequitas, Equity.*

۲- *Prætor.*

۳- *Chancery Courts.*

۴- *Aequitas correctio legis generaliter latae, quâ Parte deficit.*

۵- ماده ۲۰۵ از مجله.

موجود^۱ است باطل تلقی گردد . در صورتیکه به نص کتاب و سنت و اجماع اجاره عقدیست صحیح. بنابراین با توجه بدلائل فوق که از قیاس قوی ترند از روی استحسان از عمل قیاس صرف نظر شده است .

یا مثلاً در موردیکه کسی از دیگری بخواهد تاکاری از قبیل ساختن زورق و امثال آنرا در برابر ثمنی برای او انجام بدهد این عقد مر بوط به چیزی است که در موقع ایجاد عقد معدوم است پس از روی قیاس چنین عقدی باطل است ولی بدلیل سنت جاری و معمول جائز شمرده میشود و بموجب اجماع این قبیل از عقود و معاملات عملی میگردد ، از اینرو گفته اند که باید از قیاس در این موضوع عدول کرد و از روی استحسان بجواز آن قایل شد . و همین روش بیع سلم یعنی خرید چیزی مدت دار در برابر ثمن نقد مجوز پیدا میکند^۲.

این استدلال، یعنی عدول از مقتضای قیاس بعلت وجود دلیلی نیرومندتر از آن ، مورد قبول دیگر فقیهان نیز قرار گرفته است . گرچه عده ای معترض اند که نباید تنها با استحسان قناعت کرد و به دیگر ادله توجیهی ننمود^۳. و دسته دیگر باین علت استحسان را نامقبول دانسته اند که (در شریعت چیزی برخلاف قیاس وجود ندارد و چنانچه حکمی مخالف قیاس بنظر آید یا قیاس فاسد است و یا حکم از قانونگذار واقعی و حقیقت شریعت سرچشمه نگرفته است)^۴.

بهر صورت اگر تنها به تفسیر و تاویل کلمه استحسان اکتفا میشد قطعاً با مخالفتی

۱- بخلاف شافعی که آنرا مال منقول میدانند (المبسوط ج ۱۱ ، ص ۷۸).

۲- رك به ماده های ۱۲۳ و ۳۸۰ و مجله .

۳- غزالی ، المستصفی ، (ج ۱ ، ص ۱۳۹) .

۴- اعلام الموقعین (ج ۱ ، ص ۳۳۵) و مجموع رسائل الکبری از ابن تیمیه (مصر،

جدی روبرو نمیگردید و مجبور نمی شدند از معنای حقیقی و لغوی آن صرف نظر کنند؛ چه استحسان مصدر و بمعنی چیزی را نیک شمردن و پسندیدن است و بیشک همه فقهاء تقدیم نص و دلیل اقوی را بر سایر دلائل مستحسن شمرده اند.

اما سبب خلاف در این است که حنفیان استحسان را در مفهوم قیاس پنهانی در برابر قیاس آشکار (که شرح آن گذشت) بکار میبرند و چنان میگویند «استحسان دلیلی است که در ضمیر مجتهد روشنائی می بخشد ولی از مساعدت عبارت و لفظ بر خوردار نیست» یا «ترك عمل به قیاس و عمل به آنچه برای مردم مناسبتر و موافقتر است»^۱ و اینکه قیاس عدم توجه به دلیل است برای عمل بعرف یا مصلحت و ضرورت و نیز بمنظور رفع مشقت و سختی. مثلاً بیع وفا، بلاحاظ نیازمندی مردم بدان، جائز است^۲، و استعمال حقی که زبان فاحشی برای دیگری در بر دارد جائز نیست^۳، و هنگام ضرورت و مشقت باید چنین و چنان کرد.

برخی از پیروان مذهب مالک از عمل به استحسان در مفهوم «النفات و توجه بمصلحت و عدالت» پیروی کرده اند^۴ و احمد بن حنبل^۵ نیز، بقولی، استحسان را باین مفهوم پذیرفته است، ولی شافعی از قبول آن سر باز زده و گفته است «من استحسان فقد شرع»، (هر کس استحسان کند، تشریع و قانونگذاری کرده است)^۶.

۱- المبسوط از سرخسی (ج ۱۰، ص ۱۴۵).

۲- جامع الفصولین (ج ۱، ص ۲۳۶).

۳- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية (ج ۱، ص ۴۶).

۴- الاعتصام از شاطبی (ج ۲، ۱۱۶-۱۲۹) و بداية المجتهد (ج ۲، ص ۱۵۲).

۵- این مطلب در الاحکام آمدی (ج ۳، ص ۱۳۶) آمده است، برخلاف آنچه در جمع الجوامع سبکی دیده میشود (رجوع شود به شرح آن از محلی با حاشیه بنانی (ج ۲، ص ۳۶۹).

۶- المستصنی (ج ۱، ص ۱۳۷).

شافعی نظر خود را چنین توجیه میکند: «هرگاه حاکم و مفتی بهنگام نص خبر یا قیاس، با آنچه مستحسن مینماید فتوی دهد، ناگزیر غیر او نیز می تواند بخلاف او استحسان نماید و در نتیجه برای يك موضوع احکام متعدد صادر گردد. جائز شمردن کار باعث میشود که حکم شرعی بدلخواه باشد و سختگیری در بکار بردن استحسان سبب میشود که از حکم و فتوی بدلخواه ممانعت بعمل آید. اگر کسی بگوید من در امری ترك قیاس را لازم میدانم و بر مردم است که از من پیروی کنند، از او باید پرسید چه کسی مردم را به پیروی از تو فرمان داده است؟ چنانچه دیگری چنین ادعائی نسبت بتو داشته باشد، آیا از وی اطاعت میکنی؟ یا پاسخ میدهی که اطاعت نمی کنم مگر از کسیکه مأمور به اطاعت او شوم. بهمین دلیل دیگران نیز نباید از تو فرمان برند. کسی سزاوار اطاعت است که خدا و پیامبرش باطاعت از او دستور داده اند و خدا و پیامبرش به پیروی کسی فرمان میدهند که او را به نص یا استنباط از دلائل دیگر روشن گردانند.»^۱

ولی قائلین با استحسان بحکم آیه کریمه «الذین یستمعون القول فیتبعون احسنه»^۲ و حدیث ابن مسعود: «ما رأاه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^۳ (هر چه بنظر مسلمانان پسندیده آید نزد خداوند پسندیده است) عمل به استحسان را روا میدانند ولی مخالفان چنین پاسخ میدهند که هیچگونه دلالتی بر استحسان در این آیه وجود ندارد و حدیث هم ناظر باجماع است.

برای استحسان تأویل سومی هم کرده اند و آن عبارت از «چیز است که مجتهد با عقل خود آنرا می پسندد و در رأی خود بدان تمایل میکند». و این تأویل مسلماً

۱- الام در باب ابطال استحسان (ج ۷، ص ۲۷۳-۲۷۴).

۲- سوره زمر (۳۹) ۱۸.

۳- کیفیت تخریج آن سابقاً بیان شد.

باطل است چه استناد آن بمیل و دلخواه است و در رأی مختار حنفیان و نیز در مذهب امام مالک مردود شمرده شده است.^۱

مصالح مرسله

پیشوایان کلیه مذاهب اسلامی بر این اصل معتقدند که در عبادات تعبد بفرمان شرع ضروریست و احکام عبادات به ادله شرع شناخته شده‌اند. در هر حال موضوع عبادات از بحث کتاب ما بیرون است. و همچنین پیشوایان کلیه مذاهب جز داود ظاهری^۲، اتفاق دارند که قوانین مدنی و امور معاملاتی معقول المعنی و مبتنی بر مصالح و منافع مردم میباشند.^۳

اگر اعتبار یا بطلان مصلحت‌ها را شریعت به نص یا اجماع یا قیاس اعلام دارد، واجب‌الاتباع است، ولی اگر شریعت در این امر سکوت کند، یعنی ادله شرعیه مصلحت امری را بیان نکند جای این سؤال پیش می‌آید که آیا حق تحقیق در علت آن را داریم یا نه.

امام مالک آنرا جائز دانسته و پی بردن بعلم و درک مصلحت‌ها را سرچشمه‌ای برای قانونگذاری شمرده و آنرا «مصالح مرسله» نامگذاری کرده است.^۴ مصلحت‌هایی که نصی درباره آنها نرسیده است و معنی استناد باین دلیل ارتباط دادن حکم است

۱- الاعتصام در محل مزبور و شرح المنار از ابن‌ملاک (ص ۲۸۵).

۲- بنظر ظاهریان معاملات نیز مانند عبادات تبدی است و معنی و مفهوم و حکمت آن بر ما پوشیده است.

۳- در محل خود در این کتاب روشن خواهد شد.

۴- در این خصوص بکتاب الاعتصام (ج ۲، ص ۹۵-۱۱۶)، والمستصنی (ج ۱، ص ۱۳۹-۱۴۴)، و تبصرة الاحکام (ج ۲، ۱۱۷) مراجعه شود.

بمعنی مناسب با آن و موافق با تصرفات شرع ، عبارت دیگر مصلحت مرسله اعتبار سود و مصلحت اجتماعی و مقاصد شرع و وضع قانون بر پایه آن هاست .

و این اصل جدید سه شرط را باید دارا باشد . نخست باید مسأله از مسائل معاملاتی باشد نه از امور تبعیدی ، تا عقل بتواند در آن عرض اندام کند . دوم مصلحتی که تشخیص داده میشود باید با روح شریعت سازگار باشد بصورتیکه تعارضی با هیچ يك از ادله شرعی نداشته باشد . سوم اینکه مصلحت از قبیل ضروریات یا نیازمندیهای زندگی باشد نه از قسم کمالات ، چه ، دسته اول یعنی ضروریات مربوط به صیانت دین و جان و عقل و نسل و مال است . و دسته دوم مربوط به هر گونه نیازمندیهای زندگی میباشد . ولی دسته سوم یعنی کمالات به امور تزیینی و باصطلاح امروز به اشیاء لو کس بستگی پیدا میکند .

اینک چند مثال مستند بمصالح مرسله در زیر آورده میشود :

۱- وظیفه دار نمودن ثروتمندان به پرداخت هزینه لشکریان برای حفاظت کشور .

۲- اقدام به عقوبت جانیمان با پس گرفتن پول از آنها اگر مورد جنایت آنها بر عین همان مال باشد و یا بر مثلش .

۳- چنانچه کافران و دشمنان در زمان جنگ در برابر مسلمانان سنگربندی کنند و اسیران مسلمان را پیشاپیش خود قرار دهند کشتن مسلمانان اسیر به هنگام نبرد بملاحظه مصالح جامعه مسلمین و ممانعت از پیشرفت دشمن جائز است .

۴- امام مالک تجویز کرده است که متهم بسرقت را زندانی کنند و پیروان مالک کتک زدن او را هم جائز دانسته اند و بعقیده ایشان در این کار دو فائده وجود دارد ، یکی اینکه متهم مال مسروقه را نشان دهد و دیگر اینکه موجب عبرت دیگران

شود . ولی اقرار گرفتن بوسیله شکنجه صحیح و نافذ نیست^۱ و چنانچه میدانیم در قانون روم و چین قدیم و قوانین اروپا در قرون وسطی زدن متهم جائز بود.^۲

این بود خلاصه دلیل مصالح مرسله در مذهب مالکی که مذاهب دیگر همگی از آن دوری جسته اند مگر برخی از قبیل امام طوفی حنبلی که نظریه او بیان خواهد شد و همچنین امام غزالی شافعی که آنرا بنام (استصلاح) پذیرفته ، با وجود این ، استصلاح را منبع و دلیل پنجم برای قانونگذاری ندانسته و استعمالش را فقط بهنگام وجود مصلحت ضروری و قطعی و کلی جائز دیده است .

مثلا غزالی کشتن مسلمانان اسیر را بطوریکه شرح داده شد بمنظور جلوگیری از غلبه دشمن و کشته شدن همگی مسلمانان جائز دانسته است ، ولی زدن متهم بسرقت را بهیچوجه جائز نمیداند چه ، مصلحت زدن متهم با مصلحت خود او تعارض دارد ، زیرا ممکن است متهم بری و منزله از تهمت مزبور باشد و شکنجه ندادن به گناهکاری از شکنجه دادن به بیگناه سزاوارتر است.^۳

رأی غزالی در این مورد با رأی مختار در مذهب حنفی یکسانست^۴ و نظریه موجود در عصر حاضر نیز همین است و حدیث شریف دفان الامام لان یخطیء فی العفو خیر من ان یخطیء فی العقوبة ، (امام اگر در عفو و گذشت اشتباه کند بهتر است تا در شکنجه دادن راه خطا پیماید) ناظر بهمین مطلب است.^۵

۱- مگر امام سحنون که صحت چنین اقراری را صحیح دانسته است. رك به الاعتصام، در محل مزبور .

۲- بکتاب کیتون مبادی اولیه علم حقوق ص ۲۶۹ رجوع شود .

۳- المستصنی ، در محل یاد شده .

۴- المبسوط (ج ۲۴ ص ۷۰).

۵- سیوطی آنرا در الجامع المنیر شماره ۳۱۳ بنقل از ترمذی و بیهقی و حاکم و ابن *

استدلال و استصحاب حال

استدلال مصدر فعل « استدل » است یعنی به جستجوی دلیل پرداختن و آنرا یافتن. و در موارد بسیاری از این کتاب بهمین معنی بکار رفته است و نیز اغلب دانشمندان فقه و اصول هم با وجود اختلاف رویه‌هایی که دارند آنرا بمعنی مزبور بکار برده‌اند. علاوه بر مفهوم فوق، این کلمه در اصطلاح بر دلیل عقلی مخصوصی اطلاق شده است؛ دلیلی که نه نص است و نه اجماع و نه قیاس^۱. با این ترتیب می‌توان معانی متعددی برای استدلال فرض کرد و انواع مختلف آنرا مشمول این تعریف دانست. اینک بذکر مهمترین اقسام استدلال که عبارتند از استدلال مطابق قیاس منطقی و استدلال از روی استصحاب حال می‌پردازیم.

۱- استدلال مطابق با قیاس منطقی قولیست هر کب از قضایائی چند که صحت آن قضایا مستلزم صحت نتیجه حاصل از آنهاست. مثلاً بیع عقد است و رضای طرفین رکن اساسی هر عقد بشمار میرود. پس در بیع قصد و رضای طرفین شرط صحت میباشد، این نوع استدلال مربوط به منطق است و ضرورتی بتفصیل آن در اینجا نیست.^۲

۲- استصحاب یا استدلال باستصحاب حال، عبارت از دلیلی عقلی است که به هنگام نبودن دلیل دیگر مرجع حکم قرار میگیرد. و استصحاب در لغت بمعنی استدامه و در اصطلاح ابقاء يك حالت وجودی یا عدمی سابق است در زمان لاحق

* ابی شیهه آورده است.

- ۱- جمع الجوامع و شرح وحاشیه اش (ج ۲، ص ۳۵۸)، و الاحکام آمدی (ج ۳، ص ۱۱۹ بیعد)، والمستصفا (ج ۱، ص ۱۲۷) و اعلام الموقعین (ج ۱، ص ۲۹۴).
- ۲- در این خصوص به شرح قاضی عضدالدین بر مختصر المنتهی از ابن حاجب، ۱۳۰۷ هـ، ج ۱، ص ۱۷-۳۵ رجوع شود.

بعلت عدم ثبوت تغییر در آن . و این اصل مورد تأیید عمل شیعه امامیه^۲ و اکثر اتباع شافعی و احمد بن حنبل میباشد . با چند مثال به توضیح این نوع استدلال میپردازیم:

اول - استصحاب برائت اصلی . یعنی در مورد واجبات، عقل بر عدم وجوب حکم میکند مگر اینکه دلیلی بر خلاف آن ثابت شود . و با توجه باین اصل است که در کتاب الاشباه والنظائر^۳ و همچنین ماده هشتم مجله بعنوان قاعده کلی «اصل بر برائت ذمه است» آورده شده که بموجب آن هر انسانی در يك حال تعادل حقوقی زیست میکند و هیچکس ناگزیر به پرداخت یا انجام عملی نیست مگر بسببی که مبتنی بر دلیل قانونی باشد .

دوم - استصحاب عموم . بدینمعنی که قانون بر تمام افراد خود شمول دارد مگر اینکه دلیلی دیگر بعضی از افراد را تخصیص دهد . پس حکم عام استثناء ناپذیر است مگر بدلیل خاص.

سوم - استصحاب نص که بموجب آن هر نصی بحال خود معتبر است ، مگر آنگاه که بانص یا دلیل دیگری نسخ شود .

چهارم - استصحاب وصف و حالت ثابت قانونی یا استصحاب گذشته در حال . چنانچه بود یا نبود صفت و حالتی در گذشته ثابت بوده و اکنون تردیدی در آن پیدا شود، عقل حکم به بقای حالت گذشته میکند مگر اینکه دلیلی بر خلاف آن اقامه شود. بدین مناسبت است که قاعده کلی که در کتاب الاشباه والنظائر^۴ آمده است و نیز ماده پنجم مجله اعلام میدارد «اصل بقاء شیء است بر حالت سابق خود» و عبارت دیگر که در

۳- کتاب عناوین الاصول ، ج ۲ ، ص ۴۸ بیعد.

۲- کتاب الاشباه سیوطی ، ص ۳۹ و ابن نجیم ص ۲۳ .

۳- سیوطی ص ۳۷ و ابن نجیم ص ۲۳ .

کتاب المجامع^۱ و ماده دهم مجله آمده است ، « آنچه در زمانی ثابت شد ، چنانچه دلیلی برخلاف آن اقامه نشود ببقاء آن حکم داده میشود . و اگر مالکیت کسی بر چیزی ثابت باشد ، بادامه آن حکم میشود مگر دلیل تازه ای برخلاف آن پدید آید^۲ . » در تعلیل این نوع استصحاب میان مذاهب شافعی و حنفی اختلاف وجود دارد و مذهب شافعی عدم اثبات تغییر را دلیل بر اعتبار دوام حالت پیشین میداند . ولی مذهب حنفی میگوید عدم اثبات تغییر نمیتواند دلیل بر بقاء حالت سابق باشد بلکه سبب نفی ادعای تغییر است^۳ . این فرق بین دو مذهب فقط از لحاظ نحوه توجیه است و گرنه نتیجه هر دو یکسانست .

پنجم - استصحاب وارونه یا استصحاب حال نسبت به گذشته ، ومعنی اش اینست که اگر در يك امر وجود یا عدم چیزی در حال حاضر ثابت باشد اعتبار آن بگذشته نیز سرایت میکند مگر دلیلی برضد آن وجود داشته باشد مثلاً اگر مطرح شود که فلان نوع معامله یا فلان نوع مکیال معروف که فعلاً وجود دارد ، در عهد سابق نیز وجود داشته یا خیر ؟ بموجب این نوع از استصحاب ، پاسخ مثبت است ، مگر دلیل دیگری نافی قضیه باشد ، و این امریست ترجیحی^۴ .

شرايع قدیم

پیش از پایان سخن در منابع حقوق دلیل دیگری را مطرح میکنیم که در آن اختلاف شده است که آیا شریعت های گذشته ، شریعت مانیز بشمار میروند یا نه ؟ و آیا اسلام شرایع پیشین خود را بطور کلی نسخ کرده است یا نه ؟

۱- المجامع و شرح آن المنافع ص ۳۳۰ .

۲- ماده ۱۶۸۳ از مجله .

۳- اعلام الموقعین در محل مذکور و شرح المجامع ، ص ۳۱۱ .

۴- الابهاج شرح المنهاج از سبکی (چاپ شده با شرح الاسنوی) ، ج ۳ ، ص ۱۱۱-۱۱۲ .

معنی دوم آن شرع و شریعت بمعنی اعم است^۱، مثلاً گفته میشود قانون انگلیس یا درس قانون و نظایر آن. کلمه شرع و شریعت در لغت عرب مأخوذ از کلمه شارع میباشد و آن خداوند (عزوجل) مصدر و منشاء شرع اسلام است و بیانش خواهد آمد. معنی سوم بصورت خاصی اطلاق میشود بقواعد معاملات الزامی عمومی^۱، مثلاً گفته میشود مجلس شورای ملی قانونی جهت جلوگیری از احتکار وضع نمود. قانون بمعنی اخیر به معاملات اختصاص دارد و شامل عبادات نمیگردد بخلاف قوانین فقه اسلامی که هم در دین و هم در دادرسی بحث میکند^۲. و قانون در این معنی دارای ضمانت اجرائی است و الزامی بودن آن مستند به تنفیذ حکومت است و عمومیت دارد و نسبت به قضیه یا شخص معینی وضع نمیشود بلکه برای همه مردم یا عده‌ای از آنها بدون استثناء و تخصیص وضع میگردد و از این حیث با حکم قاضی مغایرت دارد. استعمال کلمه قانون در زمان حکومت عثمانی بیشتر به احکام صادره از طرف دولت بکار میرفت تا آنها را از احکام شرع حنیف که مبتنی بر ادله معروفه خود میباشد جدا کند چه امکان دارد در مسأله‌ای حکم شرع با قانون موضوعه منافات داشته باشد، مثلاً ربا در شرع حرام است ولی در قانون مباح.

کلمه شرع بمعنی قانون نیز بکار رفته است و گویند شرایع اسلام^۳ یعنی قوانین اسلام و دانشمندان اصول کلمه حکم را بمعنی قانون شرعی و کلمه حاکم را بمعنی

۱- *Jus, Law, Droit, Recht.*

۲- *Lex, a Law, loi, Gesetz* ابوالقاسم بن جزى اهل غرناطه که در اوایل قرن هشتم هجرى (۶۹۳-۷۴۱ هـ) یا قرن چهاردهم میلادى میزیسته در کتاب القوانین الفقهیه فی تلخیص مذهب المالکیه طبع فاس ۱۹۳۵ قانون را بهمین معنی بکار برده است.

۳- کتاب مشهور در فقه جعفری.

بعقیده مختار اصولیان کلیه شریعت‌های پیشین بوسیله شرع اسلام منسوخ شده است ، مگر در مواردیکه نصی بر ابقایش آمده باشد^۱.

دسته مخالف معتقدند که عمل بشرایع سابق که در اسلام دلیلی بر نسخ آنها نیامده است ، واجب است ؛ چه ، (سابق باعتبار سابقیت خود استوار است) و چنانچه در المجامع^۲ آمده و در ماده (۶) مجله نقل شده است.

در هر حال فایده‌ای بر این بحث مخصوصاً در امور عبادی مترتب نیست ، اما در امور مدنی بطوریکه بعداً گفته خواهد شد ، عادات پیشین در قانونگذاری اسلامی اثر کلی داشته است.

۱- المستصفی (ج ۱ ، ص ۱۳۲) ، والاحکام آمدی (ج ۳ ، ص ۱۲۹).

۲- شرح المجامع ، ص ۲۱۱ و ۳۲۶ .

فصل هفتم

اجتهاد

اجتهاد و تقلید

اجتهاد در لغت رنج بردن و تاسرحد توانائی کوشش کردن است و در اصطلاح مصروف ساختن همت و کوشش در پی بردن با احکام و دریافتن قوانین شرعی از منابع حقوقی، و تقلید برعکس آن تبعیت از رأی دیگران است بدون فهم و تحقیق شخصی، یا بقول آمدی «عمل بگفتار دیگری است بدون دلیل الزام آور».

شریعت اسلامی شریعتی است خدائی و منابع آن بطوریکه بیان شد از منقولات، یعنی کتاب و سنت و معقولات یعنی اجماع و قیاس و استحسان و استدلال و غیره تشکیل یافته است. اجتهاد واسطه ایست برای استنباط قانون از منابع یاد شده و نیز کوشش در بیان احکام معاملات و نیازهای اجتماعی و از اینرو اجتهاد در تاریخ پیشرفت حقوق اسلامی امری ضروری بود.

مجتهدان اگر نصی در اختیار داشته باشند، بدان عمل میکنند و در غیر

اینصورت به «رأی» عمل میکنند و مانند هارا بهم قیاس کرده و یا به استحسان و استصلاح و دیگر انواع استدلال متشبث میشوند.

همگی مراتب بالا یکسان بکار نمیرفت، بلکه روشهای گوناگون و سلیقه‌های مختلف مذاهب فرق میکرد و از اینرو اختلاف در اجتهاد و مذاهب مختلف پدید آمد، مخصوصاً در دوران طلایی بنی عباس که مذهب‌های چهار گانه سنی پدید آمدند، فقه و اصول گسترش یافت.

میان فقهاء، مناظرات و مباحثاتی علمی اتفاق میافتاد و گاهی کار بدانجامیکشید که اختلاف میان اصحاب يك مذهب با پیروان مذهب دیگر از اختلاف پیشوایان آنها با یکدیگر کمتر میشد و در نتیجه نوعی تفاهم و تقریب در نظریات ایشان پدید می‌آمد.

ولی این پیشرفت‌ها دوام نیافت و متدرجاً رو باضمحلال نهاد، تا اینکه در اواخر عهد عباسیان و اوائل غلبه مغول بر بغداد در قرن هفتم، فقهای سنی بلحاظ ترس از منحرف شدن از مبانی شریعت برسد باب اجتهاد اجماع کردند و کفایت چهار مذهب معروف را اعلام داشتند و سپس مدنیت عرب کم کم رو بقهقرا نهاد و خاک جمود، چهره کلیه نمودهای زیبای اجتماعی را پوشانید و اجتهاد در فقه بحالت وقفه درآمد و تقلید شیوع یافت، و بدعتهای ناشی از نادانی و مبتنی بر وهم و خیال زیاد شد و خرافات منتشر گردید و تا مدتی پیروی از آنها که علامت پائین رفتن سطح افکار و کج رویهای اجتماعی بودند، ادامه یافت.

و چه بسیار اتفاق می‌افتاد که مقلدان نادان يك سلسله امور دور از خرد و دانش متمسک می‌شدند که با اصول فقهی هیچگونه ارتباطی نداشت و چه بسا که خارجیان و خاورشناسان با دیدن این روشهای ناپسند اسلام را دور از تمدن و ترقی می‌پنداشتند. و شاید بنظرشان میرسید که اسلام با تمدن جدید سازگاری ندارد. این وضع تا قرن

نوزدهم میلادی ادامه داشت و در این قرن بود که جنبش‌های اصلاحی و نیز مذهب پیروی از گذشتگان صالح پدید آمد و پیشوایانی از قبیل شیخ محمد عبده قدهلم کردند و مردم را به‌رهائی از تقلیدهای کور کورانه فراخواندند و مسأله یگانه کردن مذاهب را، تا آنجا که ممکن است، مطرح ساختند و مراجعه به منابع عالی شریعت و روح آنرا توصیه کردند و توفیق قوانین اسلام را با مدنیت روز خواستار شدند.

مجتهد کیست

اجتهاد بر هر کس مباح و میسر نیست، بلکه مستلزم وجود ملکه‌ایست که مجتهد را بر استنباط و استدلال توانا سازد و یاری دهد. مجتهد باید رشید و خردمند و دادگر و متصف با اخلاق حسنه و عالم بمدارك قانونگذاری و عارف بادلۀ شرعی و طرز استفاده از آنها و نیز آشنا به لغت و تفسیر و شأن نزول قرآن و احوال راویان حدیث و طرق جرح و تعدیل و ناسخ و منسوخ باشد و بنا بگفتار شاطبی مجتهد باید از مقاصد کمالهای مطلوب شریعت نیز آگاه باشد^۱.

جمع شدن این شرایط برای مجتهد مطلق و کسی که میخواهد در کلیۀ مسائل فقهی اجتهاد کند لازم است^۲، ولی بر مجتهدان دیگر^۳ لازم بنظر نمیرسد. زیرا کسی که میخواهد تنها در يك مسأله اجتهاد کند برای او کافی است که بادلۀ آن مسأله و دیگر اموری که با آن مسأله ارتباط دارند آگاه باشد.

مجتهدان را درجات و مراتب متفاوتیست، اجتهاد در شرع، اجتهاد در مذهب، اجتهاد در مسائل، و اجتهاد مقید.

مجتهد در شرع کسی است که مذهب مخصوصی داشته باشد، مانند رؤسای

۱- الموافقات، ج ۴، ص ۱۰۶.

۲- چنین مجتهدی را مجتهد متجزی یا مقید مینامند. مترجم

مذاهب چهار گانه سنی: ابوحنیفه ومالك وشافعی واحمد بن حنبل، و یاصاحبان دیگر مذاهب که هم اکنون پیروانی ندارند، از قبیل اوزاعی و داود ظاهری وطبری، و یا چون امام جعفر صادق علیه السلام نزد شیعیان^۱ و یا غیر آنان از کسانی که در این مرتبه قرار گرفته اند. و اما مجتهد در مذهب کسی است که پیرو مذهب خاصی بوده ولی در برخی از امور اصولی یا فرعی شخصاً اجتهاد کند و در نتیجه با رئیس مذهب خود، در تفریع مسائل و تطبیق قانون با موضوعات عملی مخالفت نماید از قبیل ابویوسف و محمد بن حسن در مذهب حنفی و مزنی^۲ در مذهب شافعی و غیره.

مجتهد در مسائل و یا در فتوی کسی است که فقط در برخی از مسائل اجتهاد می کند بدون اینکه در مبادی عمومی مذهب بدرجه اجتهاد رسیده باشد، مانند طحاوی و سرخسی در مذهب حنفی، و غزالی در مذهب شافعی.

مجتهد مقید بکسی میگویند که به آراء گذشتگان مقید باشد و از اجتهاد آنان پیروی نماید و بمدارك احکام و فهم ادله آن آشنائی داشته باشد. و این طبقه را اهل تمیز و ارزیابی گویند، زیرا اینان می توانند از آراء مختلف در يك مذهب برتری یکی را بر دیگری ثابت کنند و یا روایات قوی را از ضعیف و روایات ظاهر را از نادر و غریب باز شناسند؛ مانند کرخی و قدوری و صاحب هدایه و صاحبان متون چهار گانه که یادشان گذشت و غیر آنان در مذهب حنفی. البته درجات این اشخاص نیز متفاوت است. طبقه مقلدین پس از اینها قرار گرفته است و مقلد کسی است که بدون دلیل الزام آور

۱- امام جعفر صادق و سایر امامان (ع) نزد شیعیان مقام عالیتری دارند و قول آنان

کاشف از قول پیامبر و خداوند ذوالجلال است. مترجم

۲- در کتاب طبقات الشافعیة الکبری از سبکی (ج ۱، ص ۲۴۳) چنین آمده است

که مزنی گرچه اختلاف اصولی با شافعی ندارد، ولی در تفریع و تخریع از قواعد شافعی بنتایج دیگری رسیده است.

از نظریات دیگران پیروی کند^۱.

دلایل وجوب اجتهاد

اجتهاد بر هر کسی که به صفات مجتهد متصف باشد ، بحکم قرآن و سنت و اجماع صحابه و پیشوایان مذاهب چهار گانه واجب است^۲ اینک به اختصار بادلۀ فوق اشاره میشود .

نخست - قرآن .

قرآن کریم مذاقه و تحقیق در فهم احکام و تفسیر آنها و رجوع باصل شریعت را در صورت اختلاف بمقتضای این دو آیه شریفه : « فاعتبروا یا اولی الالباب » ، « فان تنازعتم فی شیء فردوه الی الله والرسول »^۳ واجب شمرده است .

دوم - سنت .

از پیامبر روایت شده است که فرمود : « اجتهد و افکل میسر اما خلق له ، (بکشید ، چه هر کس برای آن منظور که آفریده شده ، موفق می شود)^۴ . اذا حکم الحاکم فاجتهد ثم اصاب فله اجران ، و اذا حکم فاجتهد ثم اخطأ فله اجر ، (اگر حاکم اجتهاد کند و بصواب حکم نماید ، او را دو مزد است و اگر راه اشتباه بپیماید

۱- به شرح منظومه موسوم به عقود رسم المفتی ، از ابن عابدین ، چاپخانه معارف سوریه ۱۳۰۱ هـ ، ص ۴-۵ رجوع شود .

۲- به رساله القول المفید فی ادلة الاجتهاد والتقليد از شوکانی (۱۳۴۷ هـ) و الاحکام آمدی (ج ۳ ، ص ۱۳۹) و اعلام الموقعین (ج ۲ ، ص ۱۲۸) بیعد رجوع شود .

۳- حشر (۵۹) ، ۲ ، نساء (۴) ۵۹ .

۴- الاحکام آمدی ، ج ۳ ، ص ۱۷۰ .

يك‌مزد او راست)^۱. طلب العلم فریضة علی كل مسلم ، (طلب علم بر هر مسلمان واجب است)^۲. العلماء امناء امتی ، (علماء ، امنای امت‌مند)^۳. العلماء مصابیح الارض و خلقاء الانبیاء و ورثتی و ورثة الانبیاء ، (علماء چراغ‌های فروزان در زمین و جانشینان پیامبران و وارثان من و دیگر پیغمبرانند)^۴. بطوریکه می‌بینیم همگی این اخبار مشوق کوشش در کسب دانش و اجتهاد میباشند.

سوم - اجماع صحابه .

ابوبکر میگوید : «در مورد کلاله^۵ به رأی خود حکم میکنم ، اگر رأی من درست باشد از خداست ، و اگر راست نباشد از من است و شیطان و خدا و پیغمبر از آن بری و بیزار هستند».

عمر بن خطاب میگوید : «همانا عمر نمیداند که بحق و راستی رسیده است یا نه ، ولی از کوشش فرو گذاری نمیکند» . و همچنین در پاسخ زنی که بر عمر در مورد دستور او در زیاده روی نکردن در مهر اعتراض کرده و او را به راه حق متوجه ساخته بود ضمن خطبه خود در ملاء عام چنین گفت : «زنی راست گفت و عمر بخطا

۱- در دو صحیح مسلم ، (ج ۵ ، ص ۱۳۱) ، و بخاری بشرح عینی ، (ج ۲۵ ، ص ۶۷) روایت شده است .

۲- سیوطی آنرا در (الجامع الصغير ، شماره ۵۲۶۴) از بیهقی و طبرانی و خطیب و ابن عدی روایت کرده است . و نووی این روایت را ضعیف میداند اگر چه معنایش صحیح باشد (فتاوی النووی معروف به المسائل المنثورة ، دمشق ، ۱۳۴۸ هـ ، ص ۱۱۸) .

۳- الجامع الصغير (شماره ۵۷۰۲) از دیلمی ، و این حدیث ضعیف است .

۴- الجامع الصغير (شماره ۵۷۰۴) از ابن عدی ، و این نیز حدیث ضعیف است .

۵- یعنی در ارث کلاله ، و آن کسی است که نه پدر دارد و نه فرزند (به خویشان نسبتاً

دور انسان نیز کلاله میگویند) . مترجم

رفت»^۱.

چهارم - سخنان چهار پیشوای مذهبی^۲.

ابن قیم از ابوحنیفه و ابویوسف نقل میکند که گفته اند: «کسی را جائز نیست که بعقیده ما بگراید، مگر اینکه چگونگی و مأخذ گفتار ما را بازشناسد». و از معن بن عیسی روایت شده است که از امام مالک این جمله را شنید: «من بشرم، گاه بخطا میروم و گاه بصواب. در آرای من بنگرید چنانچه هر آنچه از گفتارم با کتاب و سنت سازگار بود بپذیرید، و هر آنچه مخالف بود، از پذیرفتن آن امتناع کنید». و همین مالک بود که هارون الرشید خلیفه عباسی را از واداشتن مردم به پیروی از مذهب مالکی نهی کرد.

همچنین شافعی گفته است: «در مورد سخنان من اگر سخنی از پیغمبر برخلاف آن یافتید، از تقلید من خودداری کنید و چنانچه خبر صحیحی مخالف مذهب من باشد از آن پیروی کنید و بدانید که همان مذهب من است».

امام احمد بن حنبل که در التزام بسنت و اعراض از عمل به رأی معروف میباشد در همین معنی میگوید: «از من و یا از مالک و شافعی و ثوری تقلید مکن، بلکه از منابعی که آنان استفاده کردند، تو نیز استفاده کن».

دلائل بالا می‌رساند که اجتهاد بر هر شخص دانشمند توانا واجب و تقالید کورکورانه باطل است. بعلاوه پرده از این مطلب نیز بر میدارد که مجتهد ممکن است اشتباه کند یا راه صواب را بپیماید برخلاف نظر برخی از معتزله^۳ که مجتهدان را در عقلیات همیشه مصیب میدانند. این نظر اخیر شرعاً تکلیف بمالایطاق بوده و

۱- الاحکام آمدی (ج ۳، ص ۱۵۰) و احیاء العلوم الدین غزالی (ج ۱، ص ۳۹).

۲- القول مفید، ص ۱۵-۲۷.

۳- الاحکام آمدی، ج ۳، ص ۱۴۶-۱۴۷.

شرعاً نارواست بدلیل آیه کریمه: «لَا يَكُفُّ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا»^۱.

از وجوب اجتهاد و حرمت تقلید این نتیجه نیز مستفاد میشود که اگر مجتهد یا قاضی در رأی پیشین خود خطائی دید میتواند از آن برگردد. عمر بن خطاب در نامه خود به ابوموسی اشعری چنین مینویسد: «چنانچه در امری دادرسی کردی و سپس در رأی خود دقت کردی و حقیقت امر را کشف نمودی، خلاف آن بر تو آشکار شد و باید از قول نخست خود باز گردی، زیرا حق را نمیتوان باطل کرد و باز گشت بحق بهتر از ادامه روش باطل است»^۲.

در پایان این بحث ناگزیر از اشاره باین مطلب هستیم که اجتهاد در نظر شیعه امامیه معنی و مفهوم وسیعتری دارد و در آن مذهب، باب اجتهاد همیشه مفتوح است و هنوز نیز بر این عقیده هستند، بعلاوه اهمیت اجتهاد بر اهمیت اجماع و قیاس میچربد. و امام در عقیده شیعیان پیشوای مجتهدان است که از علم و دانش او استمداد میجویند و معصوم از خطاست بخلاف نظر سنیان در مورد خلفاء.

چه وقت تقلید جائز است

تقلید بمعنائیکه بیان شد، یعنی پیروی از نظریه دیگران بدون دانستن

۱- سورة بقره (۲) ۲۸۶.

۲- برای اطلاع از نص کامل این نامه مشهور، با اختلاف در برخی عبارات، مراجعه شود به الاحکام السلطانیة ماوردی (ص ۶۸) و اعلام الموقعین، (ج ۱، ص ۷۲)، و المبسوط (ج ۱۶، ص ۶۰، بیعد) و العقد الفريد (ج ۱، ص ۴۷) و عیون الاخبار ابن قتیبه (ج ۱، ص ۶۶)، و مقدمه ابن خلدون (ص ۱۹۲) و جمهرة رسائل العرب (به نقل سیداحمد زکی صفوت، ۱۹۳۷، ج ۱، ص ۲۵۲)، و الاحکام آمدی، (ج ۳، ص ۸۱)، و دیگران. بسیاری از محدثان ثقه این نامه را نقل کرده اند گرچه برخی از پژوهندگان از قبیل ابن حزم در صحت*

مأخذ و دلیل آن ، فقط بر اشخاصی جائز است که قادر بر اجتهاد نباشند و از اجتهاد عاجز بمانند ، یعنی افراد عامی نادان یا متعلمانی که هنوز لایق اجتهاد نشده اند و از اینرو در قواعد عامه آمده است که: «فتوی نسبت بنادان مانند اجتهاد است بدانها»^۱ یا «نظریات صاحب نظران برای عوام مانند ادله شرعیه است برای خواص و دانشمندان»^۲.

مطلب فوق بر پایه عقل استوار است ، چه لازمه اجتهاد تخصص در فقه و اصول است و لازمه زندگی اجتماعی و اقتصادی اینست که مردم به انواع کارها و صنایع و فنون بپردازند و همه کس وقت آنها ندارد تا از دانش فقه و اصول بهره مند شود و بمقتضای این آیه کریمه « فسلوا اهل الذکر ان کنتم لاتعلمون »^۳ باید از نظرات مجتهدان پیروی کند .

بدون تردید پس از نضج و استحکام مذاهب گوناگون ، مجال اجتهاد تنگتر گردید ، چه ، این مسائل و قضایا بر دانشمندان و مجتهدان قبلی عرضه شده و مورد مذاقه ایشان قرار گرفته بود . و در هر موضوع ادله ای برای تأیید آرای خویش آورده و مذاهب خود را بر اصول و پایه های استواری بنا نهاده بودند . و از آن پس کمتر کسی یافت میشد که به استقلال مذهب ، مکتبی ابداع کند . غالب مجتهدان خود را به پیروی از مذهبی واحد مقید کردند و بمقتضای آن فتوی دادند ، تا جائیکه باب اجتهاد بسته شد و سد باب اجتهاد ، بطوریکه دیدیم ، مخالف روح شریعت و نصوص

* آن تردید دارند و آنها معمول میدانند . مراجعه شود به التبذ فی اصول الفقه الظاهری (ص ۵۱) و المحلی (ج ۱ ، شماره ۹۹ با رد آن در حاشیه همان کتاب) ، و کتاب تاریخ الفقه الاسلامی از دکتر عبدالقادر (ص ۷۰) .

۱- المجامع و شرح آن ، ص ۳۲۶ .

۲- الموافقات ، ج ۴ ، ص ۲۹۲ .

۳- سورة نحل (۱۶) ۴۳ .

شارع^۱ استعمال کرده‌اند اینک تفسیر هر يك را بطور اختصار با بیان تعریف دانش اصول و سپس دانش فقه برای خوانندگان بیان می‌داریم .

علم اصول وحکم شرعی

در علم اصول از ادله شرعیه و طرق استنباط احکام از آنها بحث میشود و موضوع آن نیز ادلوه احکام است^۲.

ادله شرعیه اصول و مصادر قانونگذاری در عالم اسلام است که بنا باتفاق اهل دانش چهارند : قرآن کریم ، سنت ، اجماع و قیاس^۳ که بیان آنها در باب آینده خواهد آمد .

اما حکم شرعی عبارت از خطاب شارع است بر امریکه غرضی شرعی در آن منظوی است^۴ و بنظر اصولیان عبارتست از آنچه که شارع مقدس مردم مکلف را در کارهایشان مخاطب قرار داده است خواه بصورت طلب یا تخییر و یا وضع . و نیز میتوان گفت حکم شرعی قاعده و نظمی است در مسأله‌ای از مسائل که مورد تنصیص قانونی قرار گرفته است . بطوریکه می‌بینیم این معنی از تعریف خاصی که نسبت بقانون نموده‌ایم دور نیفتاده است لذا بنا بقاعده کلی که در کتاب المجمع آمده:

۱- کلمه حاکم امروزه معانی دیگری هم دارد و آن اطلاق میشود بمقام عالی اداری مانند حاکم لبنان ، و اطلاق میشود بر قاضی و گفته میشود حاکم صلح ، و حکم و محکمه از این معنی میباشد .

۲- اینکه موضوع علم اصول چیست دارای بحث‌های مفصلی است در کتب مربوطه . اجمالاً میتوان گفت که موضوع اصول چیز است که مورد استناد و استدلال شرعی واقع شود . (مترجم)

۳- شیعه بجای قیاس ، عقل را مصدر استنباط قانون میدانند . (مترجم)

۴- کتاب الاحکام فی اصول الاحکام از آمدی ، ج ۱ ، ص ۴۹ .

و ادله و قوانین میباشد^۱، بدین جهت جنبش‌های اصلاحی تازه‌ای مانند وهابیه و سلفیه و غیره به ادامه این وضع تن در ندادند.

در مورد تقلید پرسشهایی نیز پیش می‌آید. آیا نزد سنیان تقلید از کسی غیر از پیشوایان مذاهب چهارگانه ممکن است؟ و آیا انتقال از مذهبی بمذهب دیگر جایز است؟

ابن صلاح در مورد اول می‌گوید^۲: بر مقلد ضروریست که غیر از امامان چهارگانه از کسی پیروی نکند، چه، مذاهب این چهار پیشوا بسط یافته و اجتماعاتشان با دقت ضبط شده است و فروع مسائل را نیز بیان کرده‌اند. این نظریه موجبی است، چه، مقلد کسی است که باحکام جاهل است و بمقتضای عقل و احتیاط باید از مشهورترین مذاهب پیروی نماید.

اما رأی مختار در مورد سؤال دوم اینست که اگر کسی درمسأله‌ای از مذهبی پیروی کند، میتواند درمسأله دیگر از مذهب دیگری تقلید کند، بشرطیکه مسأله اخیر با موضوع نخست ارتباطی نداشته باشد. ولی اگر کسی بفتوای مجتهد در موضوع عمل کرد میتواند در امر دیگر از فتوای دیگری تبعیت کند. ولی اگر از فتوایی پیروی کرد و کردار خود را بر آن نهاد، دیگر نمیتواند در آن مورد بخصوص از آن رجوع کند^۳.

۱- از علامه مرحوم شیخ احمد عباس ازهری روایت شده است که میگفت: باب اجتهاد همیشه مفتوح است. اما کسانی که خواهان عبور از این باب بودند بقدری سببر و بزرگ شدند که عبور از این باب بر ایشان تنگ شد و پنداشتند که بسته شده است.

۲- شرح المنهاج اسنوی، ج ۳، ۱۹۱.

۳- الاحکام آمدی، ج ۳، ص ۱۷۴.

گفتار صحابه

پیش از این دیدیم که در مذاهب سنیان، بدون اختلاف، به اجماع صحابه پیامبر باید عمل کرد، و محل خلاف در این است که اگر یکی از صحابه در موردی فتوی دهد آیا باید بر حسب این فتوی عمل کرد و آنرا بر قیاس و فتاوی دیگر مقدم داشت یا نه^۱.

برخی از حنفیه معتقدند که گفتار صحابه از ادله شرعی و واجب الاتباع است، بدلیل اینکه صحابه نزدیکترین مردم به پیامبر و به سنت و سیره پیغمبر و اسباب نزول قرآن و مدارك نصوص و تفسیر آنها آشنا تر بودند و پیامبر ﷺ درباره آنان گفته «اصحابی کالنجوم بایهم اقتدیتم اهدیتهم» (صحابه من چون ستار گانند، از هر کدام از ایشان پیروی کنید، رستگار میشوید) ولی در نظر مذاهب دیگر، همچنین بعقیده کرخی از حنفیان گفتار صحابی حجیت ندارد و لازم الاتباع نیست و حتی غزالی این امر را از اصول موهومه^۲ شمرده است. حدیثی که مورد استناد مخالفان قرار گرفته است سندی ضعیف دارد و بر لزوم تقلید از صحابه دلالت نمیکند.^۳

اجتهاد در دادگاه امروزی

امروزه که اغلب قوانین بصورت نصوص معین و روشنی از طرف دولت تدوین میشود، دیگر چندان مجالی برای اجتهاد بمعنی مذکور نمانده و هم اکنون اجتهاد

۱- شرح المنار، از ابن ملک (ص ۲۵۲)، و اعلام الموقعین (ج ۴، ص ۱۰۴ و ما بعد آن).

۲- المستصفی، ج ۱، ص ۱۳۵.

۳- الاحکام، از ابن حزم (ج ۶، ص ۸۲) و اعلام الموقعین (ج ۲، ص ۱۷۴)، و التقریر والتجیر (ج ۳، ص ۹۹).

برروشی که قضات در اصدار حکم از آن پیروی کنند اطلاق میشود. خواه در تفسیر مواد قانونی باشد و یا در استنباط در مواقع نبودن نص یا ابهام آن. چون مجله احکام عدلیه شامل همگی قوانین معاملات شرعیه نبود، بموجب ابلاغیه «نظارت دادگستری عثمانی» بهنگام نبودن نص در مجله رجوع بکتاب فقهی لازم مینمود.^۱

دادگاههای امروزی در اغلب کشورها قانوناً به پیروی از رویه‌های سابق خود و یا رویه‌های محاکم برتر ملزم نیستند، ولی در عمل غالباً از اجتهادات مزبور خصوصاً رویه‌های دیوانعالی کشور تبعیت میکنند.^۲ نتیجه این امر پیدایش نوعی قانونگذاری تدریجی و پنهانی مفید و ارزنده‌ایست و ارزش عملی آن قابل انکار نیست.

بموجب ماده ۷ قانون لبنانی مصوبه ۱۴ تشرین اول سال ۱۹۴۴ به هنگام بروز تباین و تضاد در مسأله‌ای از مسائل باید هیأتی مرکب از رئیس اول و هشت نفر از قضات عالیرتبه دادگاههای پژوهش تشکیل شود. و روی این امر با توجه به نکات قانونی قراری صادر کند و آن قرار بمنزله قانون و برای کلیه دادگاهها لازم‌الاتباع است. ولی پس از آنکه دیوانعالی کشور لبنان مجدداً تشکیل یافت، ایجاد رویه قضائی و وحدت در اجتهاد از اختصاصات هیأت عمومی دیوانعالی مزبور گردید.^۳

اما در کشورهای امریکا و انگلستان اجتهاد اهمیت عملی بزرگی دارد. چه

۱- روزنامه محاکم (ترکیه) شماره ۱۰۷، صادره ۲۹ شعبان ۱۲۹۸ هـ (۱۴ تموز سال مالی ۱۲۹۷)، ص ۸۵۳-۸۵۴.

۲- دیوانعالی کشور لبنان در دوران جنگ بین‌المللی دوم بموجب ماده دوم رأی شماره ۲۳۹ ل. ر. مورخ ۱۶ ايلول ۱۹۳۹ منحل گردید، سپس بموجب قانون ترتیب دادرسی مورخ ۱۰ ايار سال ۱۹۵۰ مجدداً تشکیل شد.

۳- ماده ۲۶ از قانون مصوبه ۱۰ ايار سال ۱۹۵۰.

قسمت بزرگ قوانین این کشورها، بطوریکه دیدیم غیر مدون است و دادگاهها مقید به پیروی از اجتهاد دادگاههای عالی و دادگاههای عالی نیز مقید به پیروی از اجتهاد پیشین خود هستند. بنابراین پیشینه‌ها (عرف عام) دارای اهمیت خاصی است و مجموعه ثابتی از قانونگذاری قضائی را تشکیل میدهد.

اجتهاد در المجله

میان قواعد کلی که در سرآغاز المجله گردآوری شده است دو ماده مربوط به اجتهاد یافت میشود که ذیلاً مطرح میگردد:

ماده ۱۴ المجله میگوید: «لامساغ للاجتهاد فی مورد النص (بهنگام وجود نص اجتهاد روا نیست)» و این قاعده از کتاب المجامع^۱ گرفته شده و به آیه کریمه: «ان الظن لایغنی عن الحق شیئاً»^۲ مستند است. و معنی آن اینست که وقتی قانون وجود دارد، قاضی یا مجتهد نمیتواند به رأی خود عمل و یا استنباط دیگری معارض قانون بکند. این اصل کاملاً معقول بنظر میرسد. چه معنی اجتهاد بذل کوشش برای یافتن حکم است. هنگامیکه قانون روشنی وجود دارد مطلوب خود حاصل است. مثلاً خرید و فروش بموجب تصریح قرآن «واحل الله البیع»^۳ جایز است، بنابراین اجتهاد کردن برخلاف این حکم و منع نمودن از خرید و فروش روا نیست.

ماده ۱۶ المجله میگوید: «الاجتهاد لاینقض بمثله (اجتهاد بوسیله اجتهاد دیگر شکسته نمیشود)»^۴. و این معنی از کتاب الاشباه والنظائر^۵ گرفته شده است که

۱- به شرح آن، ص ۳۲۹ مراجعه شود.

۲- سوره یونس (۱۰) ۳۶.

۳- سوره بقره (۲) ۲۷۵.

۴- از سیوطی (ص ۷۱)، و از ابن نجیم (ص ۴۱).

«الاجتهاد لاینقض بالاجتهاد» و بر طبق این ماده هر گاه دادرسی بموجب اجتهاد خود رأیی دهد و سپس به خطا و اشتباه اجتهاد خود، پی برد و از آن عدول نماید، این عدول رأی قبلی را نقض نمیکند.

وضع این قاعده بمنظور جلوگیری از بروز تغییر و تفسیر در احکام و برپایهٔ اجماع صحابه استوار است، زیرا روایت شده است که ابوبکر آرائی صادر کرده که مخالف نظریات عمر بود، با وجود این چون خلافت به عمر رسید، آن احکام نقض نگردید و ولی این قاعده امروزه بطور مطلق رعایت نمیشود و در دادرسی امروز دادگاههای پژوهشی و فرجامی می‌توانند احکام دادگاههای پائین‌تر را در موارد قانونی بشکنند.

اجتهاد در حقوق رومیان

پیش از پایان مبحث اجتهاد بی‌مناسبت نیست که از چگونگی آن در حقوق روم نیز سخنی بمیان آید و به شباهت امر اجتهاد بین فقهای روم و اسلام توجه گردد.

در روم قدیم دانش قانون جزء اسرار بود و کاهن بزرگ^۱ به حفظ و نگهداری این راز اختصاص داشت. از آن پس این علم به طبقه‌ای از فقهاء که آنان را شیوخ^۲ مینامیدند، رسید. ولی تا زمان امپراطوری اگوست چندین پشرفت و درخشندگی نداشت. و در زمان او دو مذهب مشهور بنام پرکولوس^۳ و سابینوس^۴ پابعرضه وجود نهاد و در قرن دوم پس از میلاد عصر طلایی حقوق روم فرا رسید و دانشمندان بزرگی

۱- الاشباه والنظائر از سیوطی، در محل خود.

۲- Pontifex Maximus.

۳- Veteres.

۴- Proculus و او شاگرد مؤسس مذهب لابیو Labeo میباشد.

۵- Sabinus و او شاگرد کاپیتو Cepito میباشد.

امثال گایوس و پاپینیانوس و اولپیانوس و پولس و مودستینوس قدا علم کردند و کتابهای بسیاری تالیف نمودند، که از مصادر و منابع قانونگذاری دوران امپراطور ژوستینین گردید، و از آثار جاویدان تاریخ قانونگذاری مغرب زمین بشمار میرود.

فتوی‌های فقیهان روم^۱، در وهله اول بصورت پاسخ بشاگردان خود و یا به ارباب رجوع بود و گاهی نظر خود را بدادرسان دادگاهها ابلاغ میکردند، بدون اینکه نظریات مذکور برای قاضیان الزام آور باشد. ولی امپراطور اگوست بعدهای از فقیهان حق شور و اتخاذ تصمیمات قانونی داد و فرمان داد که رعایت تصمیمات جلسه‌های مشورتی فقیهان مذکور برای دادرسان الزام آور گردد و فقیهی برخلاف آنها رأی ندهد.

سپس به سال ۴۲۶ م. فرمانی صادر شد و بموجب آن دادرسان به پیروی از اجتهاد پنج دانشمند بزرگی که ذکرشان گذشت موظف شدند و مقرر گردید که در قضاوت به آثار آنان مراجعه شود. بموجب همان قانون بهنگام وجود اختلاف نظر میان این پنج دانشمند رأی اکثریت متبع بود و در صورت تساوی آراء گفتار پاپینیانوس که مشهورترین ایشان بود ملاک عمل قرار داده میشد و اگر نظر پاپینیانوس معلوم نبود، در آن صورت دادرسان خود در ترجیح یکی از آراء متعارض مخیر بودند.

و اما شأن دادرسان در اجتهاد کمتر از دانشمندان نبود. مثلاً قاضی القضاة روم (پریتر)^۲ و سایر دادرسان عالی مقام بطور غیر مستقیم حق قانونگذاری داشتند. چون فرمانهای قضائی^۳ ایشان و نیز احکام عمومی و قواعدی که بهنگام قضاوت از آنها پیروی مینمودند، کم کم جنبه قانونی میگرفت. چون حق رسیدگی به قضایا

۱- *Responsa Prudentium*.

۲- قاضی خودی وقاضی یکانگان *Praetor Peregrinus et Praetor Urbanus*.

۳- *Edicta Magistratum*.

وفصل آنها^۱ وحق اصدار فرامین قانونی^۲ دو عامل بزرگ نشو و نمو شریعت دوم و مایه و علت تغییر قوانین به اقتضاء تطورات اجتماعی بشمار میرفت .

امپراطور ژوستینین همگی این مقررات را در مجموعه‌های بزرگی که جامع منابع و مآخذ شریعت مشهور روم است جمع آوری کرد و علاوه بر مجموعه قوانین^۳ کتاب «احکام»^۴ مستخرج از کتاب دانشمند معروف گایوس ، بهمین نام، نوشته شد . و کتاب اخیر شامل اجتهاد^۵ دانشمندان و روش دادرسان در موارد مختلف است.

۱- *Jus Jurisdicendi.*

۲- *Jus edicendi.*

۳- *Codex.*

۴- *Institutes.*

۵- *Digesta, Pandectae.*

باب چهارم

منابع خارجی قانونگذاری

فصل اول

تحول قوانین

مصادر خارجی

چون شریعت اسلام شریعتی الهی و منابع و مبادی آن نیز از همان سرچشمه مأخوذ است، از اینرو باید در زمینه تغییر قوانین و سازگاری آنها بر طبق مقتضیات زمان و مکان و نیازمندیهای اجتماعی دقت بیشتری کرد.

منابع حقوق اسلامی را دانشمندان اصول در ضمن بحث از ادله شرعیه بنفصیل بیان کرده اند و در باب پیشین از همین کتاب نیز بدانها اشارتی رفت.

ولی ناگزیریم در این زمینه از منابع دیگری که مورد استفاده اصولیان قرار نگرفته است استفاده کنیم. این منابع عبارتند از قانونگذاری مستقیم دولت ها و عرف و عادت و حیلله های شرعی که بمنظور تمییز آنها از مصادر اصولی تحت عنوان مصادر خارجی حقوق مورد بحث قرار میگردد.

و در این باب نظر فقیهان اسلامی را در مورد تحول قانونگذاری و نیز منابع خارجی قانونگذاری را در فقه روشن کرده و بروش مخصوص اصولیان در سازش با این امر سخن خواهیم راند.

«حکم شمول در جنس دارد نه در افراد»^۱ یعنی حکم مانند قانون عام است و برای فردی معین یا حالتی مخصوص وضع نشده است.

حکم شرعی مستلزم وجود حاکم و محکوم فیه و محکوم علیه است. اما حاکم بمعنای شارع است که خداوند عزوجل^۲ میباشد و اومصدر احکام اول در شرع مقدس اسلام است و محکوم فیه عبارت از فعلی است که حکم شرعی بدان مرتبط میشود و محکوم علیه انسانی است که مکلف بحکم شرعی باشد و مکلف باید عاقل و شایسته باشد، و از عوارضی که اهلیت را زایل میسازد برکنار بماند و این عوارض بر دو گونه است: اول عوارض غیر اختیاری مانند کودکی، دیوانگی، کم خردی، خواب، بیماری، مرگ و فراموشی. دوم عوارض اختیاری مانند مستی و شوخی، سفه، تبذیر، خطا، نادانی، سفر و اکراه.

حکم شرعی بر دو نوع است: تکلیفی و وضعی. اثر حکم تکلیفی متعلق باقتضاء و تأخیر است و فعل انسان از این جهت به واجب و مستحب و حرام و مکروه و مباح تقسیم میگردد. واجب آنست که فعلش مطلوب و ترکش مذموم باشد و برعکس حرام که ترکش مطلوب و فعلش مذموم است و مستحب یا مندوب آنست که فعلش شرعاً خواسته شود و ترکش مطلقاً نکوهیده نباشد و مکروه ترکش مطلوب و فعلش

۱- مجامع الحقایق از ابوسعید خادمی و شرح آن منافع الدقائق از مصطفی بن محمد الکوز الحصارى، آستانه، ۱۳۰۸ هـ، ص ۳۱۹.

۲- استاد علامه عارف یك نكدى در نقد چاپ اول این کتاب (در مجله مجمع علمى عربى دمشق سال ۱۹۴۷ ص ۲۶۱ وما بعد آن) گمان نمیکند چنین قولی «صراحة» در گفتار کسی از شیوخ متقدم فقه وارد شده باشد، برای اثبات قول خود نقل میکنم آنچه را که در احکام آمدی (ج ۱، ص ۴۱) آمده: «نیست حاکمی مگر خدای تعالی و نیست حکمی مگر آنچه را او حکم کند، و آنچه در المستصفا (ج ۱، ص ۶) آمده: «حاکم که همان شارع است ... و در بحث از حاکم چنان روشن میشود که نیست حکم مگر از خدا».

هدفهای شریعت

از دانشمندان اسلام افرادی با وجود اختلاف در مسلك از قبیل عز بن عبدالسلام شافعی و ابن قیم جوزی حنبلی و ابو اسحق شاطبی مالکی^۱ و دیگران کتابهایی در روشهای قانونگذاری اسلامی و هدفهای آن و نیز در بیان مصالح و عللی که پایه‌های قوانین بر آنها استوار است نوشته و قوانین شرع را بدو بخش تقسیم کرده‌اند: بخش عبادات، و بخش معاملات و امور مربوط به زندگی اجتماعی.

در بخش نخست از مسائل تعبدی و بندگی انسان گفتگو میشود که از بحث ما بیرون است. اما در بخش دوم از مصلحت‌های دنیوی انسان بحث میکند یا بنظر عز بن عبدالسلام کلیه قوانین بمصالح این جهان و آن جهان مردم بستگی دارد و خداوند از بندگی انسانها بی‌نیاز است. نه از فرمانبرداری انسانها او را سودی است و نه گناهکاری مردم را برایش زیانی^۲.

هدف قوانین اجتماعی که عبارت از جلب منافع و رفع و دفع مفسدات از مردم است بر عقل و منطق استوار میباشد و عبارت دیگر پایه قوانین بر این استوار است که در مصالح اصل اباحه و جواز و در مفسدات اصل منع و جلوگیری^۳ عملی گردد. و اکثریت قریب باتفاق فقیهان بر همین عقیده‌اند، البته تنی چند مانند داود ظاهری فرقی میان عبادات و معاملات نگذاشته و همه را تعبدی میپندارند و معتقدند که عقل را مجال درك و تصرف در آنها نیست^۴.

۱- به شرح حال آنان قبلاً اشارتی رفت. به قواعد الاحکام ابن عبدالسلام (ج ۱، ص ۱۰۰ بیعد) و الموافقات شاطبی (ج ۲، ص ۵ بیعد) مراجعه شود.

۲- قواعد الاحکام ج ۲، ص ۷۰.

۳- شرح المنهاج از اسنوی، ج ۳، ص ۱۰۸.

۴- الاعتصام از شاطبی، ج ۲، ص ۱۱۴.

یکی از بهترین تعبیرها در مورد بیان مقاصد شریعت از ابن قیم است: «همانا اساس شریعت بر مصلحت و سود افراد انسان در معاش و معاد پایه گذاری شده است و آن دادگری و رحمت و حکمت است. و هر امریکه از عدالت بسوی ستم و از مصلحت به مفسده و از حکمت به عبث گراید از شریعت نیست، هر چند که از تأویل بصورت دخیل در شرع دیده شود. شریعت عبارت است از داد گستری و رحمت خداوند در میان مردمان، و زندگی و خوراک و دارو و روشنی و شفا و عصمت مردمان بپرکت وجود شریعت است و هر خیری در هستی مشهود گردد از آن حاصل است و هر نقصی از نقص آن پدید میآید... شریعت بمنزلۀ ستون جهان و محور رستگاری و خوشبختی در دوجهان است و خداوند پیام آور خویش را برای گسترش آن مبعوث فرموده است»^۱.

مبدأ تحول قوانین

ابن خلدون می گوید: «کیفیت جهان و عادات و رسوم ملتها و شیوهها و مذاهب آنان بر روشی یکسان و شیوه ای پایدار دوام نمی یابد، بلکه با گذشت روزگار و قرون اختلاف می پذیرد و از حالی بحالی انتقال می یابد و همچنین که این کیفیت در اشخاص و اوقات و اماکن پدید میآید، در سرزمینها و کشورها و قرون متمادی و دولتها نیز روی میدهد. آئین خداوند است که در میان بندگانش گذاشته است»^۲.

لازمۀ این حقیقت اجتماعی اینست که مصالح مردم بموازات تحولات اجتماعی و تبدیل پدیده های آن تغییر پذیر باشد و اگر مصالح مردم را بطوریکه قبلاً روشن نمودیم پایۀ وضع قوانین اجتماعی بدانیم، تحول احکام شرعی را بر وفق تحول زمان باید لازم و معقول پنداشت، همچنین تأثر از مظاهر محیط در آن لازم بنظر

۱- اعلام الموقنین ج ۳ ص ۱.

۲- مقدمۀ ابن خلدون، ص ۲۴.

میرسد .

ابن قیم در اثبات این مطلب میگوید : « اختلاف فتوی‌ها بموجب اختلاف زمان و مکان و احوال و نیتها و منافع صورت میگیرد » . ابن قیم نیز باین مطلب اشاره میکند که « بعلت آشنا نبودن به این حقیقت اشتباهی بزرگی در امور شریعت راه یافت و مایه حرج و مشقت و تکلیف بمالایطاق گردید . در صورتیکه شریعت روشن اسلامی متکفل عالترین مصالح انسانیت است ، و هرگز سختی و مشقت بهمراه ندارد »^۱ .

بطوریکه می‌بینیم این حقایق قرن‌ها پیش از مونتسکیو^۲ و دیگر دانشمندان جامعه‌شناس و قانوندانان امروزی یعنی از قرن چهاردهم میلادی (هشتم هجری) بوسیله افرادی چون ابن قیم جوزی و ابن خلدون و دیگر فقیهان عرب^۳ گفته و نوشته شده است . و این دانشمندان چهار قرن پیش از دانشمندان غرب به این نکات پی برده بودند .^۴

با توجه به همین نکته است که ماده ۳۹ مجله از قواعد المجامع^۵ چنین نقل میکند که « تغییر قانون با تطور زمان انکار ناپذیر است » . البته این نکته را باید افزود که تغییر مکان و وضع و حال ، بموجب گفتار فقیهان ، نیز در تغییر احکام مؤثر است .

۱- اعلام الموقعین در همانجا .

۲- کتاب روح القوانين (*De l'Esprit des lois*) ، ج ۱ ، کتاب ۱۲-۱۹ .

۳- دانشمندان ایرانی و از جمله خواجه نصیرالدین طوسی در این زمینه مطالبی اظهار داشته‌اند . مترجم

۴- بکتاب ما « آراء ابن خلدون الاقتصادیه » بزبان فرانسه ، چاپ لیون ، ۱۹۳۲ ،

ص ۹۹ و ۱۷۱ رجوع شود .

۵- المجامع و شرح آن المنافع ، ص ۳۲۸ .

این قاعده ایجاب میکند که باید در مقام جستجو و درک مصالحی که علل و اصول قوانین اجتماعی را تشکیل می دهند بر آمد و نیز لازم است قاعده دیگری را بدنبال آن تحری نمود که بحکم قاعده اخیر هر وقت علت تغییر یافت و یا از بین رفت قانونی که مبتنی بر آن علت بود نیز عوض شود و یا از میان برود. اینست که در قواعد اصولی چنین آمده است: «حکم شرعی که بر پایه علتی قرار گرفته است از لحاظ بود و نبود تابع علت خود میباشد» و علانی میگوید: «حکم شرعی بر علتی استوار است و با از بین رفتن علت معلول نیز خاتمه مییابد»^۱

مثالهایی از تغییرات حاصله در احکام و اجتهادات

هیچ کس نمیتواند تأثیر مبدائی را که یادآور شدیم در تغییر قوانین و اختلاف مذاهب انکار کند و از آثار آن در تغییر فناوی و احکام بی اطلاع بماند. مگر ندیدیم که شافعی تحت تأثیر ظروف زندگی اجتماعی و تغییر محیط، مذهب قدیم عراقی خود را رها کرد و مذهب تازه مصری خود را بنیان گذاشت؟ یا مالیات دریافتی در زمان ابویوسف^۲ بلحاظ تغییر مکان و احوال نسبت بزمان عمر بن خطاب کمتر گردید. مثالهای تغییر فتوی و حکم در مسائل فرعی بیشمار است. مثلاً فقیهان حنفی متأخر باین نتیجه رسیدند که پیشوایان مذاهب در بسیاری از موارد فقهی بموجب و مقتضای عرف زمان خود فتوی داده اند بطوریکه اگر آن عرف و عادت معمول نمیبود، فتوای این پیشوایان جز این که هست میشد. و از اینرو متأخرین، در صورت تغییر

۱- المنافع شرح المجامع (ص ۳۱۹)، و حجة الله البالغة (ج ۱، ص ۱۰۸). و شبهه این آنچه در مثالهای لاتینی می آید: *Ratione legis cessante, cessat lex*. و نیز دائرة المعارف عملی دالوز (بفرانسه)، تحت عنوان عادات بازرگانی شماره ۱۵ ملاحظه شود.

۲- کتاب الخراج از ابویوسف، چاپ بولاق، ۱۳۰۲ هـ، ص ۴۸.

عرف و عادت و وجود ضرورت عدول از مضامین «ظاهر الروایه» را در این قبیل موارد تجویز کرده اند. چند مثال زیر از کتاب «نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف» تألیف ابن عابدین^۱ و از دیگر کتابهای حنفیان آورده میشود:

در صدر اسلام سهم آموزگاران از بیت المال کافی بود و از اینرو ابوحنیفه و دو یار او ابویوسف و شیبانی اجرت گرفتن برای تعلیم قرآن و امثال آنرا منع کردند ولی چون در زمانهای بعد عطیه معلمین بریده شد، شیوخ مذهب به سبب تغییر عرف به جواز اجرت گرفتن در امر مزبور فتوی دادند.

بهمین منوال متأخرین به ضمان منافع ملك معصوب، بخلاف قاعده کلمی عدم ضمان منافع در مذهب حنفی، رأی دادند. و همچنین بعلت تغییر یافتن احکام با گذشت زمان اعلام داشتند که مدت اجاره ملك متعلق به یتیم و موقوفات نباید در مورد خانه‌ها بیش از یکسال و در مورد اراضی متجاوز از سه سال باشد و این حکم کاملاً برخلاف اصول مذهب حنفی است. همچنین در روزگار پیشین خانه‌ها به يك شکل و اندازه ساخته میشد بطوریکه وقتی مشتری طاقی را میدید، چگونگی مبیع را در مییافت و عالم به بیع شمرده میشد. و این در مذهب حنفی کافی برای اسقاط «خیار رؤیت» بشمار میرفت. یعنی مشتری حق نداشت بعنوان اینکه خانه فروخته شده را ندیده بیع را فسخ نماید. ولی وضع ساختمان‌ها در دوران پیشوایان متأخر تغییر یافته و لازم بود که مشتری یکایک غرفه‌های منزل را ببیند تاخیر مزبور ساقط شود، مگر در صورتی که کلیه منازل و خانه‌ها بر نسقی یکسان ساخته شده باشد و ماده ۳۲۶ مجله نیز بر این عقیده است.

تغییر در نص

مبدئی که بیان شد در طول تاریخ قانونگذاری‌های قدیم و جدید ثابت بوده و در مورد قوانین عصر حاضر نیز صدق میکند. چه قوانین امروزی از نوع وضعی هستند و بهمان روشی که وضع میشوند دستخوش تغییر میگردند، و نص متقدم بوسیله نص متأخر تغییر مییابد.

بیشتر فقیهان و مجتهدان اسلامی اصولاً قاعده تغییر قوانین را پذیرفته اند ولی در موردیکه نص روشنی از کتاب و یا سنت وجود دارد اختلاف دارند، چه نصوص قوانین اسلامی مقدس بشمار میرود و دست زدن بترکیب آنها را نمیتوان سرسری انگاشت. تردیدی نیست که نسخ در کتاب و سنت بوقوع پیوسته است و در باب گذشته معنی و اسباب و شرائط نسخ را بیان کردیم. بیشک نسخ جایز است، بدلیل وقوع نسخ، همچنین بعلم اینکه نسخ در حقیقت تعدیل نصی است بانص دیگر. ولی آیا جائز است نصی را با غیر نص تعدیل کرد، یعنی از راه اجتهاد یا قانونگذاری یا تبعیت از عرف و عادت و یا از راههای دیگر میتوان نصی را نسخ کرد یا نه؟

پاسخ این سؤال دقیق است و نیازمند به تفصیل. اگر نص مربوط به امور دینی و عبادات باشد، «تا زمین زمین و آسمان آسمان است» ثابت و تغییر ناپذیر میماند، چه اصول دین و قواعد توحید و ایمان در حقیقت یگانه و ازلی و ابدی است و در آن تعبد و التزام به نص لازم است^۱. زیرا دین، برای هر بشر زنده در هر نقطه جهان لازم است و تغییرات زمانی و مکانی و احوال دیگر در تغییر دادن دین بی تأثیر است^۲. ولی بطوریکه در فلسفه قانونگذاری شریعت روشن کردیم در حقوق اجتماعی باید بمعانی و علل وجودی احکام توجه کرد و جمهور فقهاء بر این متفقند. ولی اختلاف آنان در

۱- الموافقات، ج ۲، ص ۳۰۰ ببعد.

۲- الاحکام ابن حزم، ج ۵، ص ۵.

تغییر احکام منکی بنص میباشد که عده‌ای بحرمت آن حکم داده وعده‌ای آنرا ، فقط در برخی احوال ، جائز شمرده‌اند.

جمهور فقیهان مخالفت با نص کتاب و سنت را مطلقاً جایز نمیدانند و فتوای مخالف نص را حرام میشمارند . و توجه به عرف وعادت یا عسر و حرج را مخصوص مواردی میدانند که نصی در آن وجود نداشته باشد .

ابوحنیفه و شاگرد او محمد و همچنین شافعی و داود ظاهری و دیگران^۱ جملگی بر عقیده فوق متفقند و از شافعی چنین نقل شده است که میگفت : «هر گاه از فرستاده خدا روایتی نقل کنم و بموجب آن عمل ننمایم بدانید که عقل خود را از دست داده‌ام»^۲. و همچنین ابن حزم ظاهری معتقد است که «از هیچ حکم ثابتی بدون وسیله نص نمیتوان عدول کرد و تغییر زمان و مکان و احوال را نمیتوان بهانه قرارداد ، چه این کار ناروا و باطل است»^۳.

با وجود اینها ، گروهی از خلفاء و پیشوایان و فقیهان بتغییراتی که در تفسیر نصوص راه می‌یابد و نیز به تغییر در اجتهاداتی که مبتنی بر آن تفاسیر هستند با لحاظ تغییر علت یا از بین رفتن عرف وعادت یا که اجتهاد قبلی بر آن مبتنی بوده است و یا باقتضای ضرورت و مصلحت معتقدند ، و در این خصوص میتوان امثله زیادی در کتابهای فقهی یافت .

چند نمونه از این تغییرات را ذیلا نقل می‌کنیم ، بدون اظهار نظر مثبت یا منفی وبدون توجه به مذهبی معین ، بتوضیح و ذکر منابع و مآخذ آن میپردازیم .

- ۱- الام (ج ۷ ، ص ۲۷۵) والمستصفی (ج ۱ ، ص ۱۳۹) و اعلام الموقعین (ج ۲ ، ص ۲۰۸ بید) والاشباه والنظائر ابن نجیم (ص ۳۳) .
- ۲- اعلام الموقعین ، ج ۲ ، ص ۲۱۰ .
- ۳- الاحکام لاصول الاحکام ، ج ۵ ، ص ۴ .

رویه‌ها و پیشینه‌های عمر بن خطاب

عمر بن خطاب ، خلیفه فاروق بيشك پایه گذار دولت بزرگ اسلامی بود و بعدل و داد گستری مشهور و بدلیری و بی باکی موصوف بود . و دولت در زمان او نیرومند و دیده بان حقوق افراد و مصالح ایشان بود . دوران عمر با فتوحات فراوان و دگر گونیهای مشهود همراه بود و در نتیجه نیازمندیهای تازه‌ای پیدا شد و عادات پیشین تغییر یافت . در نتیجه تغییر عادات و نیازمندیها ، در برخی از احکام و فتاوی دوران پیامبر و ابوبکر نیز تغییر راه یافت .

عمر در این امر با حزم و قاطعیت رفتار مینمود و اگر سیاست شریعت و مصلحت مسلمانان اقتضاء میکرد که در تفسیر نصوص تغییری دهد ، بی پروا این کار را انجام میداد . چند نمونه در زیر آورده میشود .

۱- در مورد «المؤلفة قلوبهم» .

قرآن کریم موارد مصرف صدقات را در این آیه کریمه^۱ : «انما الصدقات للفقراء والمساكين ، والعاملین علیها ، والمؤلفة قلوبهم ، و فی الرقاب و الغارمین ، و فی سبیل الله و ابن السبیل ، فریضة من الله» بیان فرموده است^۲ . و مؤلفة قلوبهم^۳ کسانی بودند که پیغمبر برای استمالات دل‌هایشان و بعلت ضعف ایمان ، یا دفع شر و یا مقام

۱- سورة توبه (۹) ۶۰ .

۲- فقرا و مساکین نیازمندانند . و عاملان آنهائی هستند که در جمع آوری صدقات میکوشند ، و معنی «وفی الرقاب» اینست که قسمتی از صدقات را برای آزاد کردن بندگان باید مصرف کرد و مراد از «وفی سبیل الله» کسانی هستند که در حال جهاد میباشند و بالاخره «ابن السبیل» کسی است که در سفر وامانده است . رجوع شود به تفسیر فخر رازی (ج ۴ ، ص ۴۶۰-۴۶۴) و تفسیر جلالین (ج ۱ ، ص ۲۲۲) .

۳- اسامی آنها در کتاب المعارف ابن قتیبه ص ۱۴۹ آمده است .

ارجمندی که در قوم و قبیله خود داشتند چیزی از صدقات بآنان میداد^۱.

ولی علیرغم این نص صریح قرآنی عمر سهم این عده را لغو کرد و اعلام داشت که: «پیامبر در زمان خود برای استمالت و دلگرم کردن شما اینکار را انجام داد ولی اینک خداوند اسلام را نیرو و عزت بخشیده و از شما بی نیاز ساخته است. چنانچه بر اسلام پایدار ننماید، میان ما و شما شمشیر آبدار حکومت خواهد کرد^۲». «برای مسلمان بودن بکسی چیزی نمیدهیم. هر کس میخواهد با اسلام بگردد و هر کس نمیخواهد کفر را پیشه خود سازد»^۳.

نص مزبور بر ضرورت دعوت مردم به اسلام و لزوم یاری آن مبتنی بود، ولی پس از آنکه اسلام شکوه و نیرو گرفت، علت مذکور از بین رفت و پسر خطاب حکم نصی را که بر آن مبتنی بود نسخ کرد^۴.

۲- در مورد طلاق.

در زمان پیامبر و ابوبکر و اوائل خلافت عمر هر کس زن خود را در یک مجلس سه مرتبه طلاق میداد آن طلاق بمنزله یکبار رجعی شمرده میشد. پس سنت^۵ چنین بود و همچنین از آن پس اجماع نیز وجود داشت. ولی عمر چون دیلمردم این امر را خیلی کوچک و سبک میگیرند و غالباً زنان خود را در یک مجلس سه طلاقه

۱- تفسیر این مطلب را با توجه به اختلاف مذاهب در این مورد در فتح القدر (ج ۲، ص ۱۴-۱۵) والشرح الکبیر (ج ۲، ص ۶۹۶ بیعد) و المجموع در شرح المذهب (ج ۶، ص ۱۹۷ بیعد) ببینید.

۲- فتح القدر در همانجا که قبلاً گذشت.

۳- بروایت بیهقی، رجوع کنید به المجموع در محل یاد شده.

۴- چنانکه حکم را دائر مدار علت بدانیم (در واقع نیز چنین است) بمحض ارتفاع علت حکم نیز مرتفع خواهد شد. مترجم

میکند. برای اینکه آنان را کیفر دهد و از این عادت باز دارد این نوع طلاق را سه طلاقه و بائن شمرد. ولی آنچه را که عمر در زمان خود پسندیده بود پس از وی بنظر عده‌ای از فقیهان ناصواب آمد و به سنت نبوی باز گشتند^۱ یکی از فضلاء معاصر^۲ عمل عمر را نوعی الزام از طرف پیشوا در اعمال سیاست شرعی دانسته و میگوید، «هیچ فرد یا گروهی حق تغییر قوانین مستند به کتاب و سنت صریح را ندارد. همچنین نمی‌تواند مردم را مخیر کند تا بدان قوانین عمل کنند و یا از تغییرات نوین پیروی نمایند».

۳- در مورد فروش ام ولد.

هر گاه کنیزی از مالک خود فرزندی بیاورد، او را در اصطلاح فقه ام ولد میگویند در عهد پیامبر و ابوبکر فروش این قبیل کنیزان جائز بود ولی عمر از این عمل جلوگیری کرد و اظهار داشت: «خون ما با خون ایشان در آمیخته است». و این نظری موجه است. چه، بقول ابن رشد فیلسوف: «از اخلاق پسندیده دور است که شخصی مادر فرزند خود را بفروشد. با آنکه رسول خدا فرموده است: برانگیخته شدم تا مکارم اخلاق را تکمیل کنم»^۵.

۱- به حدیث ابن عباس در صحیح مسلم بشرح نووی، ج ۱۰، ص ۷۰.

۲- اعلام الموقعین (ج ۳، ص ۲۴-۴۲)، وقانون مصری شماره ۲۵ سال ۱۹۲۵

۳- حضرت شیخ احمد محمدشاکر، در کتاب خود «نظام الطلاق فی الاسلام»، مصر،

۱۳۵۴ هـ، شماره ۹۰.

۴- بطوریکه در متن مذکور افتاده، بنظر میرسد که اقدام عمر باقتضاء وقت و رعایت عناوین ثانویه شرعی بوده است و الاجریان صیغه طلاق برای بار نخست آنرا حاصل نموده است. مجدداً اقدام بهمان عمل در همان جلسه و بهمان وضع تحصیل حاصل بوده و بحکم عقل باطل است. مترجم

۵- بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۳۲۶.



محمّدی، صبیحی

فلسفه قانونگذاری در اسلام

ترجمه ابراهیم حسینی

چاپ اول: ۱۳۴۶

چاپ دوم: ۱۳۵۸

چاپ و مصاحبه: چاپخانه سپهر، تهران

حق چاپ محفوظ است.

بهر حال از تقدیم این ارمغان بدوستان علم حقوق شاد و خرسندم و از
کوشش‌ها و تسهیلاتی که مؤسسه محترم فرانکلین تبریز در راه نشر این کتاب مبذول
داشته‌اند صمیمانه سپاسگزاری مینمایم.

آذرماه ۱۳۴۶

اسمعیل گلستانی

ناپسند نمیباشد و پنجمی مباح است که فعل و ترکش برابر و شخص مخیر بین آندوست^۱. مثلاً در آیه کریمه «احل الله البیع و حرم الربا»^۲ بیع حکم تکلیفی مباح و ربا حکم تکلیفی حرام و ممنوع است.

اما حکم وضعی آنست که موضوعاً سبب یا شرط یا مانع برای افعال باشد و یا مرتب بر افعال گردد مانند صحت و بطلان و رخصت و عزیمت و غیره. پس اگر گفته شود قتل سبب قصاص است معنی آن این است که قصاص حکم وضعی مرتب بر فعل قتل است و همچنین «تسلیم مبیع در عقد بیع» شرط است^۳ چه تسلیم از شروط ایفاء عقد میباشد و در مجله احکام عدلیه خیار عیب مانع از لزوم بیع شمرده شده است زیرا عیب در مبیع یعنی صفاتی که ارزش مبیع را پائین آورد^۴ به مشتری اختیار فسخ میدهد و این مانع از اعتبار لزوم بیع میگردد. یا اینکه مثلاً معامله رشید صحیح است و معامله دیوانه باطل بنابراین حکم وضعی مورد اول «صحت» و حکم وضعی مورد دوم «بطلان» است. و از امثله رخصت موارد ضروری است که حکم آن اباحه و ترخیص است و بالاخره عزیمت عبارت از احکامی است که در اصل تجویز شده است مثل عقود مشروعه^۵.

۱- الاحکام آمدی ج ۱، ص ۵۰-۶۴.

۲- البقرة (۲) ۲۷۵.

۳- گمان نمیرود تسلیم مبیع از شروط عقد بیع باشد چه بمجرد وقوع بیع تملیک حاصل شده و مشتری خود نیز میتواند مبیع را تسلیم نموده و بدست آورد. بلی میتوان گفت که قدرت و توانائی بر تسلیم مبیع از شرایط بیع میباشد. (مترجم)

۴- رخصت و عزیمت زمینه دو حکم ثانوی میباشد چه احکام شبیه به اباحه را به رخصت و احکام شبیه به وجوب را به عزیمت تعبیر میکنند مثلاً آیا بر مسافر افطار و قضاء روزه واجب است یا اینکه (افطار) حقی است که خود مسافر میتواند صرف نظر نموده و بهنگام مسافرت نیز روزه دار باشد. قول اول عزیمت است که عده ای از جمله مذهب شیعه بدان قائل است و قول دوم رخصت که اکثریت اهل سنت بدان رفته اند. (مترجم)

۴- در مورد دزدی و سرقت .

کیفر سرقت در اسلام حد شرعی است و حد آن بموجب آیه کریمه : «والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما»^۱ و بدلیل سنت فعلی و قولی ، همانا بریدن دست سارق است . ولی عمر این حد را در سال خشکسالی نسخ کرد ، و علت نسخ ، ضرورت و نیازمندی و حفظ نفوس بشری بود . و اجماع نیز این نسخ را تأیید کرد^{۲،۳} .

۵- در مورد زنا .

کیفر زانی غیر محصن ، یعنی کسی که دسترسی به همسر قانونی خود ندارد^۴ ، نزد جمهور فقیهان صد ضربه شلاق و یا یکسال تمام تبعید است . حکم تبعید مستند بسنت مشهور است^۵ گرچه از عمر بن الخطاب روایت شده است که عمر ربیع بن امیه بن خلف را تبعید کرد و نامبرده به روم رفت و عمر گفت : «از این پس کسی را تبعید نمی کنم»^۶ . این کار عمر بجهت جلو گیری مسلمانان از پیوستن به دشمنان بود .

۶- در مورد تعزیر .

تعزیر در قوانین جزائی اسلام يك مجازات تأدیبی است که میزان و چگونگی آن بنظر قاضی بستگی دارد و در مواردی که شریعت برای جنایت یا گناهی کیفر خاصی معین نکرده است ، قاضی بنظر خود مجازاتی تعیین و اجرا میکند . در حدیث

۱- سورة مائده (۵) ۳۸ .

۲- اعلام الموقین ، ج ۳ ، ص ۷-۹ .

۳- بنظر فقیهان شیعه اگر سارقی در روزگار مجاعه و خشکسالی مرتکب سرقتی شود و مال مسروقه از مأكولات باشد از حد معاف است . مترجم

۴- خواه سالبه با تنفای موضوع باشد و یا محمول؛ بشرحی که در کتب فقهی آمده

مترجم

۵- نیل الاوطار ، ج ۷ ، ص ۷۳ بیعد .

۶- تفسیر فخر رازی ، ج ۶ ، ص ۲۱۷ .

شریف آمده است که : «در غیر مورد کیفرهای معین قانونی بیش از ده ضربه شلاق نباید زده شود»^۱ ولی عمر درباره کسی که مهر بیت المال را جعل کرده بود به صد ضربه شلاق حکم داد.^۲

برخی از فقهاء حدیث شریف فوق را منسوخ دانسته اند . ولی بموجب تأویل اصحاب امام مالک این حکم مخصوص بدوران پیغمبر بود.^۳ و از اینجا میتوان نتیجه گرفت که برخی از احکام مستند بنص در نظر مالکیان محدود بزمانی معین است و با گذشت زمان قابل تغییر میباشد.

۷- در مورد دیه بر عاقله .

در قانون اسلام خونبهای جنایات غیر عمد (خطائی) در برخی موارد بر عهده عاقله است . عاقله در زمان پیامبر به قبیله جانی اطلاق میشد و فقیهان مکتب حجاز هم بهمین رویه رفتار میکردند . ولی در زمان عمر که امور ارتشی و کشوری در آن نظامی یافت و حمایت قبیله از فرد جایش را به حمایت دولت سپرد . بفرمان عمر در این موارد دیه نیز بدولت واگذار گردید و مکتب عراق از این رأی عمر پیروی کردند .

سرخسی این تغییر نص شرعی را چنین توجیه میکند که : «در پاسخ اینکه

۱- آنرا بخاری و مسلم و احمد و صاحبان سنتهای چهارگانه با برخی اختلافات عبارتی نوشته اند . رجوع شود به البخاری بشرح العینی (ج ۲۴ ، ص ۲۳) و صحیح مسلم (ج ۵ ، ص ۱۲۶) ، و سنن ابی داود (ج ۴ ، شماره ۴۴۹۱) و الجامع الصغیر از سیوطی (ج ۲ ، شماره ۹۹۵۱) .

۲- بنظر نمیرسد که حدیث مذکور صحت داشته باشد ، بنا بآستنباط از کتب فقهی و رویه‌هایی که بوده در تعزیر میتوان بیش از ده ضربه شلاق زد ولی اندازه آن نباید از حدهای شرعی تجاوز کند . مترجم

۳- شرح النووی بر صحیح مسلم ، ج ۱۱ ، ص ۲۱۱-۲۲۲ .

چرا صحابه بر خلاف حکم پیغمبر اجماع کردند ، باید گفت این اجماع به مقتضای روش پیامبر انجام گرفت . چه آنان میدانستند که پیغمبر پرداخت خونبها را از این رو به قبیله مو کول کرد که در آن زمان قبیله از نیروی مرد استفاده میکرد . ولی در زمان عمر تمام نیروها از آن دولت شد . و ای بسا که شخص دوشادوش سربازان دولتی با قبیله خود میجنگید . ولی شافعی این تعلیل را نپذیرفته است ، زیرا عاقله در دوران پیامبر بر قبیله اطلاق میشد و بعقیده شافعی پس از پیامبر نسخ روانیست^۱ .

رویه های برخی از خلفای دیگر

روایت بخاری از خلیفه نیکوکار عمر بن عبدالعزیز را میتوان مثالی برای تغییر و تحول سنت دانست که میگفت : « هدیه در زمان پیغمبر خدا ارمغان و تحفه بود ، ولی امروز رشوه است » . در حقیقت پیامبر و ابوبکر و عمر از مردم هدیه می پذیرفتند . ولی عمر بن عبدالعزیز از قبول آن امتناع ورزید و آنرا زشت شمرد و رشوه دانست^۲ .

همچنین در زمان پیامبر و ابوبکر و عمر و عثمان بنا بنقل بیهقی از زهری دیه نصرانی و یهودی مانند دیه مسلمان و بهمان اندازه بود . ابوحنیفه نیز خونبهای اهل ذمه را مساوی خونبهای مسلمان دانسته ولی بنظر مالک و ابن حنبل دیه اهل ذمه معادل نصف و بنظر شافعی معادل ثلث خونبهای مسلمان است . باز بنقل بیهقی از زهری معاویه نصف این ذیه را بنفع بیت المال ضبط کرد و نصف دیگر را بکسان مقتول

۱- میتوان گفت که عشیره و قبیله بصورتی که در صدر اسلام بود با تأسیس دولت از میان می رود و حکم عاقله نیز سالبه به انتفای موضوع میگردد . مترجم

۲- المبسوط ، ج ۲۷ ، ص ۱۲۵-۱۲۶ .

۳- صحیح بخاری ، بشرح عینی ج ۱۳ ، ص ۱۵۴ .

پرداخت . عمر بن عبدالعزیز سهمیه بیت المال را لغو کرد و دستور داد تنها معادل نصف مسلمانان به خانوادهٔ دمیان پرداخت شود^۱. عمل این دو خلیفه در حقیقت مغایر سنت و کردار صحابه بود ولی بمقتضای سیاست شرعی آن روز چنین حکمی داده شد.

ابویوسف حنفی

اگر نص شرعی بر پایهٔ عرف و عادات استوار باشد ، و سپس عرف و عادت تغییر پذیرد ، آیا تغییر نص رواست ؟ بعبارت دیگر آیا رعایت نص مبتنی بر عادات قدیم لازم است یا رعایت عادت تازه ؟

بدون تردید بیشتر فقهاء از جمله ابوحنیفه و یار او محمد بن حسن شیبانی مراعات نص را لازم میدانند نه پیروی از عرف و عادت را . ولی ابویوسف قاضی القضاة بغداد در این مورد با ایشان مخالفت کرده است و از روی استحسان بوجوب ترك نص و لزوم پیروی از عادات تازه معتقد است ، «چه منظور از صدور نص تنفیذ عادت بوده است»^۲. و مجلهٔ احکام عدلیه هم با توجه بدو قاعده ، «کردارهای مردم حجتی است که عمل بدان واجبست و تغییر قوانین با گذشت زمانها درخور اعتراض نیست»^۳ گفتار ابویوسف را پذیرفته است همچنانکه انجمن تدوین مجله در گزارش خود بصدر اعظم وقت چنین اعلام کرد، «قوانین مبتنی بر عرف و عادت با تغییر و تحول زمان ، تغییر پیدا میکنند» .

مثالی برای توضیح میآوریم . معلوم است که در صدر اسلام خرید و فروش

۱- نیل الاوطار ، ج ۷ ، ص ۵۵ .

۲- المنافع (ص ۳۰۹ و ۳۲۴) ، وفق القدیر و حاشیه اش العنایه (ج ۵ ، ص ۲۸۳)
و الموافقات (ج ۲ ، ص ۲۸۳) .

۳- دو ماده ۳۷ و ۳۹ . رجوع شود بشرح علی حیدر بر ماده ۳۷ .

گندم وجوب حسب حدیث «البر بالبر کیلا بکیل، والشعیر بالشعیر کیلا بکیل»^۱ با پیمانانه بود. و بنابراین در خرید و فروش گندم وجو لازم بود با پیمانانه سنجیده شود و سبب آن نیز اقتضاء عرف و عادت روزگار پیغمبر ﷺ بود.

اما در زمانهای بعد این عرف و عادت تغییر یافت و گندم وجو را از آن پس در اغلب بلدان وزن کردند^۲. آیا این عادت تازه را بعلت مخالفت با نص باید مردود دانست؟ بنظر ابویوسف جواب این پرسش منفی است. شاید او در اتخاذ این عقیده از آزمایشها و تجربیات عملی خود در مقام دادرسی متأثر بوده است.

یشك نظر ابویوسف موجه و موافق با نیازمندیهای تازه و نظریات حقوق جدید است^۳. بعلاوه با قاعده عمومی: بود و نبود معلول بستگی به وجود و عدم علت دارد، سازگار است. نظر بهمین قاعده است که برخی از فقهاء برای اثبات روز اول ماههای عربی خصوصاً ماه رمضان تمسك به قواعد نجومی و فلکی را تجویز کرده اند و حدیثی منقول در این مورد را که دستور میدهد تنها به رؤیت هلال اعتماد کنند و روزه بگیرند، چنین تفسیر کرده اند که چون در زمان صدور این حدیث مردم بی دانش و فرهنگ بودند از نوشتن و علم حساب بهره ای نداشتند، از اینرو میبایست بر رؤیت هلال اعتماد کنند... ولی اکنون که این علت منتهی شده است و مردم بخواندن و نوشتن و علم حساب آشنائی پیدا کرده اند، حکم مزبور نیز منتهی میشود. و باید به دانشی یقین آور مراجعه کنند و تنها رؤیت هلال را مبنای کار خود نشمارند، مگر در صورتیکه

۱- کتاب المغنی از ابن قدامه، ج ۴، ص ۱۳۶.

۲- فتح القدیر در محل یاد شده و رساله نشر العرف از ابن عابدین (ص ۸).

۳- به فرهنگ اجتهاد عمومی از دالوز تحت عنوان قانون شماره ۵۴۵ (Rep de

Jurisprudence gen, Vo. Loi) مراجعه کنید.

استفاده از وسایل علمی برای آنان دشوار باشد^۱.

قرافی مالکی

امام شهاب‌الدین ابوعباس احمد بن ادریس (متوفی بسال ۶۸۴ هـ) معروف به قرافی مصری در زمان خود رئیس مذهب مالکی در مصر^۲ و دارای تصنیفات فراوانی بود که بهترین آنها کتاب «الفروق» در چهار جزء و کتاب «الاحکام فی تمییز الفتاوی عن الاحکام و تصرفات القاضی والامام» میباشد.

از نامبرده پرسیده میشود، با توجه بآنچه در کتابش الاحکام آمده است^۳، «اگر عادات تغییر یابند و برمدلول سابق خود دلالت نکنند آیا آراء مندرجه در کتابهای فقهی را باطل باید تلقی کرد و بموجب عادات تازه باید فتوی داد؟ یا اینکه باید گفت چون ما مقلدیم و بعلمت عدم اهلیت اجتهاد حق قانونگذاری نداریم و در تشریع باید تابع آراء مجتهدان سابق باشیم؟»^۴

قرافی پاسخ میدهد: «همانا هر آنچه در شریعت بر پایه عادت استوار است با تغییر عادت تحول می‌پذیرد و با عادت تازه سازگار میشود و این معنی اجتهاد جدید نیست تامشروط به اهلیت باشد. این قاعده ایست که دانشمندان در آن اجتهاد کرده و بر آن اجماع نموده‌اند و مانیز از آنان بدون اقدام به پژوهش و تجدید اجتهاد پیروی می‌کنیم»^۵.

۱- حضرت احمد محمد شاکر در رساله «اوائیل الشهور المریة»، مصر، ۱۹۳۹،

ص ۱۳.

۲- حسن المحاضرة فی اخبار مصر والقاهرة، از سیوطی، ج ۱، ص ۱۲۷.

۳- مطبعة الانوار، مصر، ۱۹۳۸، ص ۶۷-۶۸.

۴- این قاعده در شریعت اسلام سابقه ممتد و غیر قابل انکار دارد که هر گاه موضوعی*

البته این پاسخ مربوط به احکام اجتهادی بود نه تغییر نصوص، اما دنباله این باین صورت ادامه پیدا میکند که «تمامی ابواب فقه که بر عرف و عادت بنا شده است، در صورت دگرگون شدن عادت احکام نیز دگرگون میشود»، چنانچه بتوانیم این سخن را حمل بر معنی مطلق آن کنیم در اینصورت شامل کلیه احکام بدون استثناء میشود و با نظر ابو یوسف مطابقت مینماید.

طوفی حنبلی

امام نجم الدین ابوریع سلیمان بن عبدالقوی طوفی (متوفی بسال ۷۱۶ هـ) از پیشوایان مشهور مذهب حنبلی^۱ و از کسانی است که برتری دادن مصلحت را بر نص و اجماع آشکارا اعلام داشت.

در شرح خود بر حدیث شریف «لا ضرر ولا ضرار»^۲ چنین آورده است، «بهنگام

* تغییر یابد حکم آن نیز تغییر میپذیرد مثلاً اگر شراب خود و یا بواسطه چیزی مانند سرکه و نمک، به سرکه تبدیل گردد پاک میشود و نیز اگر چوب نجس بسوزد و خاکستر شود و یا سکه در نمکزار فرو رود و بمرور زمان به نمک مبدل گردد پاک میشود. و یا حیوان حلال گوشت زنده قابل اکل است ولی مرده آن نجس و حرام و قس علی ذلك. بنابراین اگر ایقان کنیم که موضوع حکمی عرف و عادت و مقصد آن تنفیذ عادت است و قیقه آن عرف و عادت تغییر یافت حکم آن نیز تغییر مییابد و حکم روی عادت دیگر و یا باقتضاء یا تخیر بار میشود.

مترجم

۱- به شرح حال او در «مختصر طبقات الحنابلہ» رجوع شود.

۲- این حدیث را مجله احکام عدلیه در ماده ۱۹ نقل کرده و سند این حدیث حسن است و در مسند احمد و الموطأ مالک و مستدرک حاکم آمده است و نیز بیهقی و ابن ماجه و دارقطنی آنرا روایت کرده اند. رجوع شود به الجامع الصغیر سیوطی (ج ۲، شماره ۹۸۹۹) و الا بهاج در شرح المنهاج از سبکی (ج ۳، ص ۱۰۸) و الاشباہ والنظائر سیوطی (ص ۵۹-۶۰).

تعارض مصلحت با نص و اجماع ، ضرورت تقدّم مصلحت بر نص و اجماع ، بر سبیل تخصیص یا تبیین ، واجب است .

روش طوفی در تأیید نظریه مصالح مرسله مذهب مالکی نیست ، بلکه رساتر است . چه بنظر طوفی در عبادات باید به نص و اجماع اعتماد کرد و در معاملات و دیگر احکام یعنی در حقوق مدنی و اجتماعی مصلحت را در مد نظر گرفت . زیرا مصلحت مردم در امور حقوقی ، بحکم عادت و عقل ، بر آنان پوشیده نیست و اگر شریعت هم در موردی از بیان این مصالح خودداری کرده باشد باز در حقیقت ما را مستقیماً به رعایت مصالح واداشته است .^۱

ب عبارت مختصرتر گوئی منظور امام نجم الدین طوفی در رساله «المصالح المرسله» از بیان حدیث «لاضرر و لاضرار» این بوده که پس از هر حکم منصوص باید این جمله را افزود : « مگر در مواردی که مصلحت خلاف آنرا ایجاب نماید »^۲.

وبالاخره ، ابن قیم جوزیه در ضمن بیان مثالهای صحیح دگرگونی فتواها بر حسب تغییر زمان و مکان و احوال ، از استاد خود ابن تیمیه چنین نقل میکند : « با برخی از پیروانم در دوران تباربگروهی از ایشان گذر کردیم که شراب مینوشیدند . یکی از همراهان من اعتراض نمود . من بر او خرده گرفتم و گفتم خداوند شرب خمر را از این جهت ممنوع ساخت که مردم را از یاد خدا و نماز باز میدارد . ولی شراب این مردم را از قتل نفوس و برده کردن خانواده ها و غارت دارائی آنان باز میدارد .

۱- کتاب پسرالاسلام و اصول التشریع العام از سید محمد رشید رضا (ص ۷۲-۷۳) و جلد نهم از المنار (ص ۷۴۵-۷۷۰) .

۲- این تعلیقه مرحوم علامه شیخ مصطفی غلابینی بر سخن طوفی است به کتاب او «الاسلام روح المدینه» ، بیروت ، چاپ چهارم ، ۱۹۳۵ ، ص ۳۰ رجوع شود .

پس ایشان را بحال خود واگذار.^۱ این امر از مثالهای قاعده‌هاز دو چیز بد آنرا که کمتر بد است باید انتخاب کرد^۲ است که در باب ضرورت چگونگی آن خواهد آمد.

خلاصه

نظریات مختلف دانشمندان حقوق و اجتماع اسلامی در مورد تغییر قوانین شرعی بر وفق گردش روزگار و احوال و اختلاف امکان‌آنها بیان شد. اکنون ناگزیریم پنج مورد زیرین را تذکر دهیم تا اهمیت اختلاف موجود در این زمینه را بحداقل برسانیم:

اول - اینکه میدان اختلاف بسیار کم است، چه نص‌های مربوط به قوانین با مقایسه با نصوص مربوط به عبادات بسیار کم است.

دوم - احکامی که در معرض تغییر و تعدیل قرار می‌گیرد غالباً مربوط به جزئیات است نه قواعد کلی که در کلیه کشورهای از گذشته تا حال و آینده، همیشه ثابت و برقرار می‌باشد.

سوم - رأی مختار نزد فقیهان اینست که هنگام ضرورت عمل برخلاف نص جائز است. چه، بطوریکه در جای خود گفته خواهد شد، «الضرورات تبیح المحظورات» نیازها و ضرورت‌ها، محرّمات را مباح می‌سازد.

چهارم - بسیاری از نص‌ها که به سنت منسوب است در حقیقت ارتباطی با سنت ندارد و بطوریکه در باب گذشته بحث کردیم، بسیاری از احادیث ساختگی و مجعول هستند.

پنجم - برخی از احادیث ، مربوط بزندگی دنیوی افراد است ، وقانونگذار اسلامی رأی خود را در آن موارد ابراز داشته است . این آراء واجب الاتباع نیست ودلیل آن روایت مسلم است ، بدین مضمون که پیامبر بر قومی گذر کرد که خرما تلقیح میکردند ، پرسید «اینان چه میکنند؟» چگونگی را گفتند . پس گفت ، «اگر نمیکردند بهتر بود» گفتار پیامبر را به آن قوم رسانیدند و آنان از تلقیح دست برداشتند ودر نتیجه خرما نضج کامل نیافت . وقتی پیامبر چگونگی را دانست گفت: «من بشری بیش نیستم چنانچه در امور دینی به شما دستوری دهم بدان عمل کنید و اگر رأی خود را ابراز دارم بدانید که من بشرم » . « شما بکارهای دنیوی خودتان آگاه‌ترید »^۱ .

بطوریکه آورده شد تغییر نصوص فی حد ذاته با روح شریعت اسلامی که بر پایه آسانگیری و خوش بینی قرار گرفته است ، چندان ناسازگار بنظر نمیرسد .
آیه کریمه: «یرید الله بکم البسر و لا یرید بکم العسر»^۲ و احادیث شریف: «یسروا ولا تعسروا و بشروا ولا تنفروا» (کارها را آسان بگیرید و آنها را بر خود دشوار نسازید ، مژده دهید و مردم را از خود مرانید)^۳ . «خذوا من العمل ما تطیقون» (به آن اندازه که میتوانید عمل کنید)^۴ . «ما نهیتکم عنه فاجتنبوه ، و ما امرتکم به فافعلوا منه ما استطعتم» (از هر آنچه شما را از آن نهی کرده‌ام اجتناب کنید و به هر آنچه امر

- ۱- صحیح مسلم (ج ۷ ، ص ۹۵) و شرح آن از نووی (ج ۱۵ ، ص ۱۱۶ - ۱۱۸) .
همچنین کتاب قواعد التحدیث از قاسمی (ص ۲۵۶) و حجة الله البالغة (ج ۱ ، ص ۱۲۸) .
- ۲- سوره بقره (۲) ۱۸۵ .
- ۳- بخاری و شرح آن از عینی (ج ۲ ، ص ۴۵) . این حدیث با کمی تنبیر لفظی در صحیح مسلم (ج ۵ ، ص ۱۴۱) نیز آمده است .
- ۴- بخاری بشرح عینی ، ج ۱۱ ، ص ۸۵ .

علم فقه

فقه در لغت بمعنی فهم است چنانچه در آیه کریمه آمده است : « و طبع علی قلوبهم فهم لایفقهون »^۱. اما در اصطلاح به علم شریعت اختصاص دارد و عالم به دانش فقه فقیه نامیده میشود^۲.

ماده اول مجله احکام عدلیه میگوید : « فقه علم بمسائل شرعی عملی است »؛ اما تعریف فقیهان کاملتر و جامعتر است، چه فقه بتعریف آنان علم با احکام شرعی فرعی است که از راه ادله تفصیلی بدست آید^۳. و بررسی این تعریف بقرار زیر است : نخست اینکه فقها کلمه علم را گاهی بمعنی فهم و معرفت بکار برده اند ولی تردیدی نیست که آنان فقه را بعنوان علمی که دارای موضوعی خاص و قواعدی مخصوص است مطالعه کرده اند بنحویکه میتوان از آن دریافت که آنان فقه را بمعنی دانشی دانسته اند که ما امروزه آنرا می شناسیم و این مناسب با نظر مترقی فعلی است^۴. گرچه برخی از رجال قانون^۵ در پذیرفتن اینکه فقه علم است تردید نموده اند و سبب تردید بموضوع این علم بر میگردد که دائماً بتلون آراء اجتماعی رنگ می پذیرد و از حالات و مقتضیات

۱- سوره توبه (۹) ۸۷ .

۲- البحر الرائق شرح كنز الدقائق از ابن نجيم (ج ۱ ص ۳) نقل از الصحاح وضياء العلوم .

۳- الدر المختار از حصکفی ، (ج ۱ ص ۶) .

۴- پلانیول (قانون مدنی ، پاریس ۱۹۲۲ ، ج ۱ شماره ۳) ، و اوستن (در کتاب خود *Jurisprudence, Student's edition* ، لندن ، ۱۹۲۰ ص ۷۵) و کیتون (در کتاب خود مبایده اولیه در علم حقوق *The elementary principles of Jurisprudence* ، لندن ۱۹۳۰ ص ۱ و ما بعد آن) .

۵- مثلاً خطابه لرد رایت را در دانشگاه لندن بتاریخ ۲۴ تشرین اول ۱۹۳۷ در محله حقوقی فصلی (*Law Quarterly Review*) سال ۱۹۳۸ ص ۱۸۷ مطالعه کنید .

کرده‌ام با اندازه استطاعت و توانائی عمل کنید).^{۱، ۲}

البته این نکته نیز نا گفته نماند که مراد از تطبیق قاعده تحول و تغییر احکام، خدای نکرده، تغییر دادن نصوص نیست، زیرا نصوص از امور مقدسه بشمار می‌روند، بلکه مراد از این تغییر در حقیقت تغییر تفسیر این نصوص و اجتهادهای مبتنی بر آن است که بر حسب ضرورت یا تغییر علل و عادات موجب آن عملی می‌شود. از مجموع این گفتارها وبا توجه بمصادر عالیه شریعت و رویه‌ها و پیشینه‌های معمول در اسلام و نظریات دانشمندان اسلامی از مذہب‌های گوناگون چنین مستفاد می‌گردد که حقوق اجتماعی کلاً بر پایه‌های عقل استوار و منافع آن دوشادوش مصالح و نیازمندیهای جامعه و عادات اجتماعی در حرکت است و بود و نبود قانون دایر مدار وجود و عدم علت آن می‌باشد.^۳

مطالبی که تا کنون نقل کرده‌ایم ثابت می‌کنند که قوانین اسلامی در هیچیک از ادوار تاریخ تعارضی با سنت نشو و تطور اجتماعی بشر نداشته و در هر زمان و مکان دوشادوش مدنیت انسانی به پیش رفته است.^۴ در دنیای اسلام، در زمانی که مردم از جمود فکری و سکوت بیجا روگردان بودند چون عمر بن خطاب‌ها و ابویوسف‌ها

۱- صحیح مسلم (ج ۷، ص ۹۱)، در صحیح بخاری با عبارت دیگری آمده است. مراجعه شود بشرح عینی (ج ۲۵، ص ۳۱).

۲- آیه شریفه «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» و حدیث نبوی «بثت علی شریعة سهلة و سهجة» و حدیث معروف «رفع عن امتی تسع: الخطأ... وما لا یعلمون و ما لا یطیقون...» نیز در زمینه اثبات مدعای مؤلف بنظر اینجانب رسیده است. مترجم

۳- قواعد الاحکام، از عز بن عبدالسلام، ج ۲، ص ۴.

۴- مراجعه کنید به سخنرانی مؤلف این کتاب بعنوان «التشریع الاسلامی و المجتمع الحدیث» در کنفرانس مطالعات عربی در دانشگاه امریکائی، که با دیگر سخنرانیها در رساله‌ای بنام «العرب و الحضارة الحدیثة»، در بیروت ۱۹۵۱ چاپ شد، ص ۳۷-۵۹.

همیشه وجود داشتند ، مردانی که هدفهای حقیقی اسلام را در مدنظر گرفتند و احکام و قوانین را برمعانی و مقاصد آن تطبیق کردند و تنها به تطبیق حروف و نصوص قناعت ننمودند .

روح شریعت همواره بر پایهٔ مصلحت عمومی و خیر مطلق و آسانگیری در کارها بنا شده است و برخی از فرنگیها که «شریعت اسلام را محکوم به جمود پنداشته‌اند»^۱، در حقیقت اشتباه کرده‌اند و علت این اشتباه را باید در قصور ایشان در مراجعه به مراجع اصلی شریعت و عجز آنان در فهم معانی حقیقی آن دانست . «ان فی ذلک لعبرة لاولی الابصار»^۲ .

۱- کتاب مبادی الشرع الاسلامی الجزائری ، تألیف زیس ، چاپ الجزائر ، ۱۸۸۵ ،

ج ۱ ، ص ۹ . (Zey, Traité élémentaire de Droit musulman)

۲- آل عمران (۳) ۳ .

فصل دوم

حیله‌های شرعی

نگاهی بتاریخ

این حقیقتی مسلم در تاریخ تمدن است که تغییرات و انقلابات اجتماعی همیشه پیشرو دگرگونی وضع قانونگذاری بوده است. همچنین بسیاری از ملل هنوز شرایع پیشین خود را حفظ کرده‌اند با آنکه نیازمندیهای زندگی اجتماعی اقتضا میکند که قوانین قدیمی را نوعی تعدیل کنند تا با زندگی نوین هماهنگی یابد و نظریات را بعمل نزدیکتر سازد.

برای تعدیل قوانین و تقریب نظر بعمل و سائلی از قبیل قانونگذاری مستقیم از طرف دولت و استحسان‌های قضائی یا ایجاد رویه و نیز حیله‌های شرعی وجود دارد^۱.

در تاریخ حقوق روم قدیم مثالهای زیادی از طرز بکاربردن حیله‌های قانونی

۱- *Fictio Juris*. مراجعه شود بکتاب قانون قدیم تألیف ماین مذکور (ص ۱۳ ببید)،

و تعلیقات بولوك براین کتاب. (*Introduction and Notes to Maine's Ancient Law*، لندن،

میتوان یافت که به برخی از آنها ذیلاً اشاره میشود:

بموجب مادهٔ دوم از لوح چهارم از قانون الواح دوازده گانه^۱ اگر پدری پسرش را سه بار بفروشد آن پسر از سلطه و اختیار پدر بیرون میرود^۲. ولی رومیها با حیلهٔ شرعی، این قاعده را در مورد پسر خوانده نیز اجرا کردند.

مثال دیگر: قانون ملی روم حق مالکیت^۳ را با شرط های معین و دشواری برسمیت میشناخت، ولی قاضی القضاات «پریتور» در برخی از موارد شبه مالکیتی که بنام «ملکیت پریتوری»^۴ نامیده میشد وجود آورد. بهمین مناسبت قاضی مزبور قانون «پوبلیکوس» را که بنام او نیز نامیده شد^۵ بمنظور پشتیبانی از مالکیت پریتوری، ولی برخلاف واقع و از راه اعمال حیلهٔ قانونی، ابداع کرد که بموجب آن مدعی میتواند مالکیت خود را، باستناد اینکه مدت زمانی تصرف در این چیز داشته و این مدت برای تحویل مالکیت بمرور زمان کافی است، باثبات رساند^۶.

همچنین در فنوی های حقوقدانان روم و همچنین اجتهدات داد گاههای انگلستان موارد زیادی از حیله‌های شرعی ملاحظه میشود که از بقای ظاهری قانون سابق ولی از تغیر و تطور واقعی آن حکایت می کند.

۱- رجوع شود به مجموعه قوانین رومانی از ژرار (*Textes de droit romain*) ، پاریس ، ۱۹۲۳ ، ص ۱۳).

۲- *Si pater filium ter venum duxit, filius a patre liber esto.*

۳- *Dominium ex Jure Quiritium,*

۴- *In bonis habere.*

۵- *Actio Publiciana.*

۶- *Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur*

بکتاب احکام (*institutes*) از گایوس ، شرح چهارم (بند ۳۶) .

حقوق اسلام

پس از بیان این مقدمه تاریخی به مطالعه قوانین اسلام در بکاربردن حیل‌های شرعی میپردازیم و چگونگی حیل‌سازیهای قانونی را که در اسلام بدو قسمت تقسیم میشوند، مورد مذاقه قرار میدهیم: حیل‌های شرعی مباح و حیل‌های شرعی مورد اختلاف.

حیل شرعی مباح عبارت است از بکاربردن حیل در زیر و رو کردن قانونی که برای امر معینی وضع شده است و بکاربردن آن در حالتی دیگر برای اثبات حق یا دفع ستم، و یا رفع نیازمندیهای قانونی و اجتماعی. بکاربردن این حیل‌ها هیچگونه اخلاقی در مصالح شرعی بوجود نمیآورد بنابراین در تمام مذاهب جائز شناخته شده است.

مثلاً اهالی بخارا به اجاره‌های طویل‌المدت خو گرفته بودند ولی چون اجاره دراز مدت در مذهب حنفی در مورد درختان جائز نبود، آنان با بکار بردن حیل شرعی اجاره درخت را بصورت بیع و فاء انجام میدادند و بدینوسیله از زیر چرخهای مانع قانونی مذکور در مذهب حنفی در میرفتند.

حیل شرعی مورد اختلاف، عبارت است از تصرف در قانون ثابت شرعی بمنظور برگرداندن آن بقانونی دیگر با عملی ظاهراً درست ولی باطناً نادرست^۱. صحت این نوع از حیل‌ها مورد اختلاف است که ذیلاً بطور اجمال روشن میگردد.

حیل قانونی در مذهب حنفی و شافعی

از امام ابوحنیفه چنین روایت شده: « قصد ابطال قوانین صراحةً ممنوع

۱- الاشباه والنظائر از ابن نجیم، ص ۴۱.

۲- الموافقات، ج ۲، ص ۳۸۰.

است اما ابطال ضمنی آنها ممنوع نیست^۱. پس میتوان گفت که فقیهان حنفی و برخی از فقیهان شافعی در بکاربردن حیله‌های قانونی، بمعنی دوم، نرمش نشان داده‌اند. و امثله زیادی در این خصوص در کتابهای فقهی وجود دارد که ذیلاً ببعضی از آنها اشاره میشود:

اول - در شریعت اسلام وصیت بسود وارث معتبر نیست مگر با اجازه ورثه^۲. بنابراین قاعده اقرار مورث در بیماری منجر بموت دائر بر بدهکار بودن به وارثی در مذهب حنفی جائز نیست مگر با اجازه وارث دیگر. چه، این نوع از اقرار در حکم وصیت است. حیله‌ایکه در این امر بکاررفته^۳ اینست که مریض اقرار کند که بدهکارمورد اطمینانی بدهکار است^۴، این شخص معادل بدهی را از تر که بردارد و بوارث مورد نظر بدهد.

دوم - در مذهب حنفی حق شفعه، برای شریک نسبت به ملك مشترك و اموال مختلط و نیز برای همسایه، ثابت است. برای رهایی از اعمال حق شفعه راههایی پیشنهاد کرده‌اند و «خفاف» مثالهایی متعدد از آن در کتاب خود آورده است.

مثلاً زید در همسایگی عمرو خانه‌ای دارد و اگر زید خانه‌اش را بفروشد عمرو بلحاظ همسایگی میتواند ثمن را بپردازد و خانه را بشفعه مالك شود. یکی از طرق رهایی از حق شفعه این است که زید در حضور گواهان اقرار کند که خانه ملك شخص دیگری است و آنگاه آن شخص معادل قیمت خانه را بعنوان هبه^۵ به زید بدهد. این

۱- الموافقات، ج ۴، ص ۲۰۲.

۲- بنظر فقهاء شیعه وصیت بسود وارث یا هر شخص دیگر بهر کیفیت جاری و نافذ است بشرطیکه از ثلث ماترك تجاوز نکند، در صورت تجاوز، مازاد منوط به تنفیذ ورثه میباشد. مترجم

۳- بطوریکه خفاف در کتاب الحیل میگوید، قاهره، ۱۳۱۴ هـ، ص ۹۰.

۴- همان کتاب، ص ۸۰.

عمل گرچه باطناً بیع است ولی ظاهراً بصورت اقرار بملکیت وهبه درآمده است .
و یا ممکن است زید خانه را بمشتری ببخشد و معادل ارزش آنرا ازمشتری
بعنوان عوض دریافت کند و بدینوسیله حق شفعه عمرو ساقط میشود^۱ چه در هبه حق
شفعه وجود ندارد^۲ .

سوم - بسبب حرمت ربا گرفتن چیزی افزون ازمقدار بدهی قانونی نیست.
ولی از راه حيله ممکن است کالائی را بقیمت کمتر از ارزش واقعی به بستانکار بفروشد
و یا کالائی را از او بقیمتی بالاتر از ارزش واقعی بخرد و یا چیزی بعنوان هدیه باو
ببخشد^{۳، ۴} .

فقیهان حنفی و برخی از فقهای شافعی مثالهایی از این قبیل را آورده و
تجویز کرده اند . کتاب المخرج فی الحیل منسوب به محمد بن حسن شیبانی از پیروان
ابوحنیفه^۵ در این زمینه نوشته شده است . گرچه انتساب این کتاب را به شیبانی باید
با تردید تلقی کرد . چه ، روایت شده است که او از بکار بردن حيله هایی که باعث
از بین رفتن حقوق میشد ، ابراز انزجار و کراهت میکرد^۶ .

۱- بخاری این حيله را به برخی از مردم نسبت داده و مرادش حنفیان است . بشرح
عینی ، ج ۲۴ ، ص ۱۲۳ رجوع شود .

۲- در حقوق شیعه فقط برای یکتاشريك ملك مشاع حق شفعه وجود دارد و در صورتی
که شريك دیگر سهم خود را فقط بعنوان عقد «بیع» بفروشد او میتواند اخذ بشفعه نماید . و
برای انبازان حقوق ارتفاقی و انتفاعی و غیره و یا همسایه چنین حقی نیست . مترجم

۳- المغنی (ج ۴، ص ۱۷۹) و فتاوی نووی بنام المسائل المنثوره (دمشق ، ۱۳۴۸ هـ ، ص ۵۷) .

۴- دانشمندان حقوقی شیعه نیز در پذیرفتن چنین حيله هایی نرمش نشان داده اند . مترجم

۵- این کتاب در کتابخانه قاهره خطی است ، و استاد یوسف شاخت در سال ۱۹۳۰
آنرا منتشر کرده است .

۶- شرح عینی بر بخاری (ج ۲۴ ، ص ۱۰۹) و المیزان از شعرانی (ج ۲، ص ۹۸-۹۹) .

واما آنچه در این خصوص از دانشمندان حنفی باقیمانده : کتاب الحیل از احمد ابوبکر خصاف ، و نیز فصل‌های گوناگونی است که در این مورد در کتابهای حقوقی آنان دیده میشود.

کتاب ابوحنیفه که خطیب^۱ در تاریخ بغداد از آن نام برده است و همچنین کتاب ابویوسف در حیله‌های شرعی هیچ یک بدست ما نرسیده است.^۲

از علمای شافعی ، ابوبکر محمد بن عبدالله صیرفی (متوفی بسال ۳۳۰ هـ) و ابوالحسن محمد بن یحیی بن سراقه العامری (متوفی بسال ۴۱۶ هـ) و ابوحاتم محمد بن حسین قزوینی (متوفی بسال ۴۴۰ هـ) در مورد حیله‌های قانونی کتابهایی تألیف کرده‌اند.^۳

نظریه مذاهب دیگر اسلامی

روایت شده است که امام شافعی بکار بردن حیله‌های قانونی را جائز نمیدانست و هر کس با سیرت و فضیلت این امام آشنائی داشته باشد ، «میداند که او نه حیله بکار میبرد و نه مردم را باین کار راهنمایی میکرد...» و اکثر حیله‌هایی که دانشمندان متأخر شافعی باو نسبت داده‌اند از ساخته‌های خودشان است که آنها را از شرقی‌ها (پیروان مذهب ابوحنیفه) گرفته و بمذهب او داخل کرده‌اند.^۴

و همچنین مالک و ابن حنبل و پیروان آنان از بکار بردن کلیه حیله‌های شرعی

۱- ج ۱۳ ، ص ۴۰۳ .

۲- نظرة عامة فی تاریخ الفقه الاسلامی ، از دکتر عبدالقادر ، ۲۳۲ .

۳- شرح حال آنانرا در طبقات الشافعیه از ابوبکر حسینی (متوفی بسال ۱۰۱۴ هـ) ،

بغداد ، ۱۳۵۶ هـ ، ص ۱۸ و ۴۳ و ۴۹ را مطالعه فرمائید .

۴- اعلام الموقعین ، ج ۳ ، ص ۲۴۷ .

که منجر به تغییر حکم میشود منع کرده اند و ابن قیم در این باب شرح مفصلی نگاشته و دلائل فراوانی بر بطلان حیلہ‌های یاد شده آورده و حجت‌های طرفداران آنها را رد کرده و میان حیلہ‌های قانونی و غیر قانونی فرق گذارده و مثالهای زیادی بیان نموده است.^۱ او معتقد است که وضع قانون مبتنی بر مصالحی است که صیانت و حفظ آنها بر ما لازم و ضروریست و هر گونه عاملی که مخل مصلحت مذکور باشد باید از میان برداشته شود. چنانچه قانونگذاری بحکم مصلحتی قانونی نهد و سپس اجازه دهد که با اعمال حیلہ‌های ظاهری موجبات رهایی از زیر چرخ‌های آن قانون فراهم گردد، در حقیقت نقض غرض نموده است و این عمل تناقض گوئی است و جائز نیست و هر کس برخلاف این استدلال سخنی بگوید با روح شریعت و معانی معقوله آن مخالفت ورزیده است و این امریست که هر قانونگذار و هر کس دیگر، ناپسند و ناستوده‌اش می‌شمارد: پادشاهان جهان ... چنانچه هر یک از آنان سپاهیان و یا رعایا و یا خانواده خود را از چیزی منع کند و سپس وسایل دیگری را تجویز نماید که آنان را در رسیدن بآن چیز کمک کند، تناقض گوی معرفی میشود و رعیت و سپاهیان کارهایی برخلاف منظور او خواهند کرد، و نیز هر گاه پزشکی بخواهد درد کسی را ریشه کن سازد مریض را از اتخاذ کارهایی که منجر به ایجاد آن مرض میشود منع میکند و اگر چنین نکند از عهده اصلاح آن بر نخواهد آمد، شریعت اسلامی هم که در عالیترین مراتب حکمت و مصلحت و کمال قرار گرفته است نمیتواند اعمال حیلہ‌های ناقض قانون را روا دارد.

مثلاً شفعه، «بمنظور دفع ضرر است و اگر برای عدم اجرای آن بتوان از حیلہ‌های قانونی استفاده کرد در حقیقت منظور شرع عملی نمیشود و ضرر مترتب بر

آن برجای میماند.^۱

علاوه بر دلیل عقلی در غیر قانونی بودن احتیال دلائل نقلی زیادی نیز وجود دارد که بطور اختصار برای روشن شدن موضوع به نقل آنها اشارتی میرود.

۱- منظور واقعی از نصوص شرعی رعایت مصالحی است که علت حکم بشمار میرود نه صرف اعمال شرعی، بنابراین باید کلیه اعمال را بروفق روح و حقیقت، نه بر حسب ظاهر، تفسیر کرد و از بکار بردن حیله‌های خارجی که ظاهری آراسته و باطنی حرام و ناپسند دارند خودداری کرد.

مثلاً آیه کریمه: «وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ عَدُوًّا بِغَيْرِ عِلْمٍ»^۲ مسلمانان را از بد گفتن به بتان باز میدارد تا بت پرستان هم در مقام مقابله بمثل بر نیایند و خدای متعال را دشنام ندهند.

با توجه باین معنی است که در صحیح بخاری از قول پیامبر روایت شده است که: «از بزرگترین گناهان این است که کسی به پدر و مادر خود دشنام دهد». گفتند ای فرستاده خدا آیا چگونه آدمی به پدر و مادر خود دشنام میدهد و نفرین میفرستد. گفت به پدر دیگری دشنام میدهد، او نیز در جواب پدر و مادر او را دشنام میدهد.^۳

۲- در حیله‌های قانونی نوعی خدعه و فریب بکار رفته است و خدعه بدلیل آیه کریمه: «وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًّا»^۴ و حدیث شریف: «لَا تَحْلُ الْخَدِيعَةَ لِمُسْلِمٍ» (خدعه و نیرنگ برای مسلمان روا نیست)^۵ حرام است.

۱- همان کتاب، ج ۳، ص ۲۶۰ و ۱۲۰.

۲- انعام، (۶/۱۸).

۳- بخاری بشرح عینی، ج ۲۲، ص ۸۳.

۴- بقره، (۲/۲۳۱).

۵- اعلام الموقعین، ج ۳، ص ۲۶۱.

و پدیده‌های حیات انسانی متأثر می‌گردد؛ بدینجهت بعضی از قدماء آنرا «فن» گفته‌اند و سلسوس رومی آنرا «فن صلاح و انصاف»^۱ نام نهاده است.

ثانیاً فقه علم «باحکام شرع» است - معنی حکم شرعی را قبلاً شرح دادیم. اما کلمه «فرعی» بدین مناسبت است که احکام فقه متعلق بمسائل عملی و مترتب است بر افعال و اعمال مکلفین در معاملات و ارتباطات روزانه آنان، لذا احکام این نوع مسائل به‌فروع معروف شده تا از اصول متمایز گردد. و اصول عبارت از ادله شرعیه و موضوع دانش اصول فقه است، بطوریکه بیان شد.

ثالثاً دانشمندان «اکتساب از ادله احکام تفصیلیه» را بر تعریف فقه افزوده‌اند بدینمعنی که فقیه باید حکم را از روی نظر و استدلال بدلائل و مآخذ آن مستند نماید و در قواعد کلی کتاب المجامع این امر به «سبب‌های مطلوبه - برای احکام» تعبیر شده است.^۲

فقه اسلامی مجموعه قواعد دینی و حقوقی است

بنظر مسلمانان شریعت یا شرع شامل دستورهای است که از سوی پروردگار بر زبان پیامبرش جاری شده است چنانچه در آیه‌های شریفه آمده است: «شرع لکم من الدین ما وصی به نوحاً و الذی اوحینا الیک و ما وصینا به ابراهیم و عیسی». «لکل جعلنا منکم شرعة و منهاجا». «ثم جعلناک علی شریعة من الامر فانبعها و لاتتبع اهواء الذین لا یعلمون».^۳

۱- یوستینیانوس از او در صدر مجموعه دیژستا روایت میکند: *Est autem a justitia*

appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et aequi.

۲- الآمدی (ج ۱ ص ۴) و المجامع و شرح آن المنافع (ص ۳۱۱).

۳- شوری (۴۲) ۱۳ و مائده (۵) ۴۸ و حاثیه (۴۵) ۱۸.

۳- در روایات منقول از پیغمبر و صحابه و تابعان مطالبی میتوان یافت که حرمت عمل کردن به حیل‌های شرعی را تأیید میکنند. مثلاً در حدیث نبوی آمده است: «هر گاه یکی از شما بدیگری قرض بدهد و مقروض بخواهد هدیه‌ای به داین اهدا و یا او را بر مرکبی سوار کند، بر داین است که هدیه را نپذیرد و بر مرکب سوار نشود مگر در صورتیکه پیش از قرض کردن این کارها سابقه داشته باشد»^۱

همچنین ابن عباس و ابن مسعود به پیروی از سنت پیامبر قبول هدیه از بدهکار را ممنوع دانسته‌اند چه امکان دارد این حیل‌های قانونی برای تجوین ربا باشد و فقها و تابعان و پیشوایان حدیث^۲ از قبیل بخاری^۳ و غیره همگی بر منع اعمال و بکار بستن حیل‌ها در احکام و ضرورت ترك آن اتفاق دارند.

خلاصه

این بود خلاصه‌ای از اختلاف مذاهب در مورد حیل‌های شرعی ولی مجله احکام عدلیه در این خصوص ساکت است^۴، گرچه شارحین مجله و اهل قضاء با مراجعه به کتب مذهب حنفی در اجتهاد خود به اعمال حیل در شفعه و غیر آن فتوی داده‌اند و این برخلاف دو قاعده کلی «الامور بمقاصدها» (امور بر قصدها مبتنی است) و «العبرة فی العقود للمقاصد والمعانی لا للالفاظ و المبانی» (اعتبار هر عقد بر مقصود و معنی مترتب است نه بر لفظ)^۵ میباشد. از حیل‌های معروف قانونی یکی اینست که مورث

۱- آنرا سیوطی در الجامع الصغیر (شماره ۴۴۷) از ابن ماجه و بیهقی و ابن منصور نقل کرده است.

۲- اعلام الموقعین، ج ۳، ص ۱۴۹-۱۵۲.

۳- در کتاب الحیل از جامع الصحیح شرح عینی، ج ۲۴، ص ۱۰۸، بیعد.

۴- ماده دوم و سوم به تفسیری که خواهد آمد.

اقرار کند که هر چه دارد از آن دیگری است و از این راه وارث را از حق خود باز دارد. این اقرار دامنگیر مورث در زمان حیات و دامنگیر ورثه او، پس از مرگ می‌شود. و بنا بمقتضای مجله ورثه نمیتوانند ابطال این اقرار را خواستار شوند.^۱ این عمل در لبنان، پس از وضع قوانین جدید، تغییر یافت و وارث میتواند در مقام ابطال اقرار بر آید و ثابت کند که منظور از این اقرار فقط محروم ساختن او از حق ارث بوده است.^۲

این قانون اصلاحی بانظریه فقیهانی که اعمال حیله و تحیل را در قانون حرام میدانند موافق است و ابن قیم حیله گری مورث را در منع وارث از تر که حرام دانسته و برای این موضوع مثالهای زیادی ذکر کرده است و از جمله اقرار مورث است بنفع دیگری بهنگام فوت و بقصد جلو گیری وارث از رسیدن سهم الارث خود. بنظر او یکی دیگر از حیله‌های حرام این است که مردی، بقصد محروم ساختن زن خود از سهم الارث، در بیماری مشرف بمرگ باو بگوید: «اگر از این بیماری مردم، تو پیش از مرگ من سه طلاقه هستی».^۳

۱- ماده ۱۵۹۴، و نیز ماده ۱۶۵۲، وارث و مورث را «در حکم متکلم واحد» میدانند.

۲- با قیاس بماده ۵۵۳ آئین دادرسی مدنی، رجوع شود به اجتهاد دادگاه مدنی، لبنان در دو قرار مقدماتی، شماره ۱۳، صادره ۶ شباط سال ۱۹۴۰، و شماره ۴۷، صادره ۲۴ شباط سال ۱۹۴۱.

۳- در مذهب شیعه این نوع طلاق و سایر اقسام طلاق بدعی اساساً باطل است و طلاق مذکور را اصطلاحاً سه طلاق مرسل گویند، همچنین طلاق دادن زن بهنگام بیماری عملی مکروه است و از نظر توارث در زمان عده رجعی هیچگونه فرقی با طلاق غیر مریض ندارد و هر یک از همدیگر ارث میبرند و نیز در چنین طلاقی زن تا یکسال از تاریخ طلاق، از شوهر خود ارث میبرد و لو طلاق او بائن باشد بشرطیکه مدت از یکسال تجاوز نکند و مرد از آن بیماری*

بطور کلی اعمال حيله نزد فقیهان حنفی و برخی از شافعیان متأخر جایز شمرده شده است ولی بعقیده محمد بن حسن شیبانی پیرو ابوحنیفه مکروه و نزد امام شافعی و مالک و ابن حنبل و پیروان دو پیشوای اخیر غیر قانونی و حرام است .

خلاصه اینکه شریعت ، بکار بردن حيله را در قانون بطور کلی روا نداشته و چنانچه اعمال حيله در مذهبی یا در دو مذهب مجاز باشد ، در مذاهب دیگر با در نظر گرفتن ادله شرعی و رویه ها و پیشینه های معتبر باطل است^۱.

* بهبودی نیابد و زن شوهر دیگری نکند . قانون مدنی ایران نیز از این نظر پیروی کرده است . مترجم

۱- استاد زمیل جان باز مطلبی را در رساله دکتری خود در دانشکده حقوق دانشگاه لیون بزبان فرانسه بعنوان : *Essai Sur fraude à la loi en droit musulman* ، یعنی «رساله در بکار بردن حيله قانونی در حقوق اسلام» (پاریس ، مجله سیرای ، ۱۹۳۸) مطرح کرده است و حاوی بحثهای جالبی از این موضوع در قوانین بیگانگان است . سپس در بحث خود بمذهب حنفی از حقوق مذاهب اسلامی توجه کرده و چنین نتیجه گیری کرده است (در ص ۳۹۶) که بکار بردن حيله های مشروع در حقوق اسلامی غالباً در کشورهای مورد استفاده است که تاکنون بمقتضای قوانین اسلامی عمل میکردند و ضمناً از تعلیم و تربیت و فرهنگ فرانسه متأثر شده اند . بنظر ما این سخن اگر صحیح هم باشد باز میبایستی تنها بمذهب حنفی منحصر میشد ، چه دیگر مذاهب اسلامی ، از قدیم الایام و پیش از متأثر شدن بفرهنگ غربی ، حيله های قانونی را حرام دانسته اند .

فصل سوم

قوانین موضوعه

جواز قانونگذاری توسط حکومت

سابقاً گفته شد که در فقه اسلامی دین و حقوق بهم آمیخته‌اند و این سیستم قانونی بر اساس معنوی پایه گذاری شده و قانونگذار نخست، پروردگار جهان است که با فرستادن کتاب کریم و یا با زبان پیام آور خود تشریع و قانونگذاری کرده است و از اینجهت قانون اسلام با قوانین غربی و قوانین جدید که صرفاً ناشی از دولت میباشند جدائی پیدا میکند.

ولی با وجود اینها بشهادت تاریخ در اسلام خلفاء یا پادشاهان اسلامی به هنگام لزوم و با مراعات مصالح عمومی مستقیماً و یا از راه اجتهاد اقدام به قانونگذاری میکردند. مجوز چنین قانونگذاری و لزوم پیروی از قوانین موضوعه، مستند به کتاب و سنت و اجماع میباشد.

در قرآن، آیه کریمه: «اطيعوا الله و اطيعوا الرسول و اولی الامر منکم»^۱

آمده است که طبعاً مراد از اولی الامر خلفاء و سلاطین میباشند .

در سنت ، احادیث صحیح : « هر کس از من پیروی کند از خدا پیروی کرده و هر کس بامن مخالفت نماید با خداوند مخالفت ورزیده است . و هر کس از فرمانده و امیر اطاعت کند از من اطاعت کرده و هر کس بمخالفت او اقدام نماید با من مخالفت کرده است . بشنوید و اطاعت کنید گر چه غلامی حبشی را بر شما گذاشته باشند . هر کس از فرمانده خود چیزی را نپسندد باید صبر و تحمل کند ، چه هر کس ، حتی اگر باندازه يك وجب ، اقدامی بر علیه سلطان کند و بمیرد همانند مردم جاهلیت بمیرد . اگر کسی را بر دیگران والی کنند و از والی معصیتی دیده شود ، دیگران باید معصیت را با دیده انزجار بنگرند ولی از اطاعت شانه خالی نکنند »^۱ ، مؤید این مطلب است اجماع نیز مؤید همین مطلب است و در حقیقت خلفای مسلمین در مسائل فراوانی که بآنان عرضه میشد اجتهاد کردند و چنانچه اجتهاد آنان بوسیله اجماع تأیید شود جزئی از شریعت اسلامی خواهد بود .

جنبه های قانونگذاری

مهمترین مورد قانونگذاری حکومت در اسلام بهنگام نبودن نص شرعی درباره مسائل تازه ایست که در صحنه زندگی اجتماعی مطرح میگردد . خصوصاً در امور اداری مانند تشکیل ادارات و وضع مالیات و جمع آوری آنها و تنظیم زندانها و دیگر

۱- از احادیث دو صحیح بخاری و مسلم . احادیث دیگری نیز با کمی تغییر لفظی در عبارت ، در این دو کتاب آمده است . نگاه کنید به صحیح بخاری با شرح عینی (ج ۱۴ ، ص ۲۲۲ و ج ۲۴ ، ص ۲۲۴ و ۱۷۸) ، صحیح مسلم (ج ۶ ، ص ۱۳-۲۴) .

۲- قطع نظر از اصل قضیه این قبیل احادیث با عقل سازگار نیست و بنظر میرسد که بوسیله اعمال خلفاء و امرای سابق و یا برای خوشایند آنان ساخته شده باشد . مترجم

نیازمندیهای تازه که پیش از آن سابقه نداشت .

مرحله دیگر این نوع تشریع که بنام «سیاست شرعی» شناخته شده و مشتمل بر امور حسبی است و بموجب آن خلفا و پیشوایان مذهبی و فرمانداران برای رعایت مصالح عمومی و حفظ نظم در امور حقوقی میتوانند بزحاکاران را بتناسب کاری که کرده اند تعزیر^۱ و تأدیب و بزندان و تبعید و اعدام محکوم کنند^۲.

همچنین به هنگامیکه مصالح عمومی و سیاست شرعی اقتضا میکرد خلفا از تغییر در تفسیر نصوص خودداری نمیکردند ، موارد این قبیل از تغییرات را می توان در رویه های عمر بن خطاب یافت ، مثلاً در مورد لغو حد سارق در سال مجاعه و قطع سهمیه مؤلفه قلوبهم از صدقات با آنکه در قرآن کریم در عداد مستحقان بشمار آمده اند ، همچنین لغو کیفر تبعید زناکاران ، چون یکی از محکومان به تبعید به روم پیوست و مسیحی شد .

خليفة تأثیر دیگری هم در قانونگذاری اسلامی داشت . و گاهی مردم را به پیروی از مذهبی خاص یا اجتهادی معین فرمان میداد . امثله زیادی از این مورد را میتوان در تاریخ اسلام یافت . خلفای اموی و عباسی با هر مذهبی که مخالف آنان و سیاستشان بود سر ستیز داشتند . ابو جعفر منصور و هارون الرشید ، اگر امام مالک مخالفت نمیکرد ، میخواستند مردم را به پیروی از مذهب مالک وادار سازند و از این قبیل بود حمایت خلفای فاطمی از اسماعیلیه و ایوبیان از مذهب شافعی و ایرانیان از شیعه امامی و یمنی ها از شیعه زیدیه و وهابیان از مذهب حنبلی و عثمانیان از مذهب حنفی . بطوریکه دیدیم خلیفه عثمانی قوانینی وضع کرد و قسمتی از آنها مبتنی بر مذهب حنفی بود مانند مجله احکام عدلیه و قسمتی دیگر مأخوذ از

۱- معنی تعزیر را در کتاب النظرية العامة للموجبات والعقود فی الشريعة الاسلامیه ،

ج ۱ ، ص ۱۲۹ مطالعه فرمایند :

۲- مقدمه ابن خلدون (ص ۱۹۶) والمبسوط (ج ۲۶ ، ص ۱۲۴) .

قوانین اروپائی بود مانند قوانین کیفری و بازرگانی و آئین دادرسی .

بدین طریق دولت بر اجتهاد و مجتهدین نظارت میکند بطوریکه در مجله آمده «چنانچه پادشاه رأی مجتهدی را بحال مردم و مصلحت روزگار موافق تر تشخیص دهد و فرمانی صادر کند تا بموجب رأی همان مجتهد رفتار شود ، قاضی نمی تواند باستناد رأی مجتهد دیگری اقدامی بر خلاف آن کند و در صورت اقدام حکمش نافذ نیست .»^۱

انجمن تدوین مجله گزارش خود را چنین به پایان میرساند و آنرا بوسیله صدراعظم به خلیفه عثمانی عرضه میدارد : «هرگاه امام مسلمانان دستور دهد که تنها بقول و عقیده مجتهدی رفتار کنند بر همگان واجب و منعین است که از این دستور اطاعت نمایند . و چنانچه این پیشنهادها شایسته تصویب باشد با خط شریف همایونی آنرا توشیح فرمایند . امر متعلق به ولی امر است.»

حدود اختیار خلیفه در قانونگذاری

در دنیای کنونی ، قانونگذاری مخصوص پارلمان یا مراجع دیگر شبیه آن است و از رئیس دولت جز تنفیذ و نشر قوانین چیزی ساخته نیست . ولی بطوریکه دیدیم در تشکیلات اسلامی رئیس دولت به تنهایی مرکز قدرت و مصدر امر بود و همچنین خلیفه عثمانی پیش از اصلاحات اخیر ، بمجرد تعلق اراده ، وضع قانون می کرد .

ولی باز هم خلیفه غالباً تنها به رأی خود قانونگذاری نمیکرد بلکه در حقیقت مقید باصول شرع و عدل بود و از مشورت با دانشمندان حقوق ، بهنگام نبودن نص ، استفاده میکرد .

شرط لازم فرمانبرداری از اولی الامر تقید او به احکام شرع و دادگری بود و مثالهای متعددی در احادیث نبوی برای تأیید این مطلب میتوان یافت: «اطاعت مخصوص کارهای نیک است. شنیدن و فرمانبردن حق است، تا آنجا که بمعصیت دستور ندهند و اگر امر بمعصیت شود نباید شنید و یا اطاعت کرد^۱. در معصیت خالق نباید از مخلوق اطاعت کرد^۲».

در اینجا اشاره باین نکته لازم است که مقام امام در نظر شیعیان، با خلیفه در نظر اهل سنت فرق میکند. امام در نظر شیعه امامیه «خلیفه خدا در زمین است»^۳ و در نتیجه معصوم از خطاست^۴. و اطاعت از او واجب است ولی خلیفه بنظر اهل سنت کسی است که «پس از پیامبر جای او را در امت او گرفته»^۵ و عهده دار اداره امور است و از خطا معصوم نیست، از اینرو، بعقیده پیروان سنت «در معصیت نباید از سلطان اطاعت کرد و اطاعت مخصوص به کارهای نیک است»^۶.

حد دیگری که اختیار خلیفه را محصور میکند، شور در امور است. بنص قرآن کریم: «و شاورهم فی الامر فاذا عزمتم فتوکل علی الله». و امرهم شوری بینهم^۷.

۱- همه این احادیث و دیگر احادیثی که در همین مورد با عبارات دیگر آمده است در دو صحیح نقل شده است رجوع شود به صحیح بخاری و شرح آن از عینی (ج ۱۷، ص ۳۱۴ و ج ۱۴، ص ۲۲۱)، و صحیح مسلم (ج ۶، ص ۱۵).

۲- سیوطی آنرا در الجامع الصغیر (شماره ۹۹۰۳) از مسند احمد و مستدرک حاکم نقل کرده است.

۳- اصول الکافی، از کلینی ص ۶۹.

۴- مقدمه ابن خلدون ص ۱۶۶.

۵- الملل والنحل از شهرستانی، حاشیه ابن حزم، ج ۱، ص ۱۵۱.

۶- الجامع و شرح آن المنافع، ص ۳۳۰.

۷- آل عمران (۳) ۱۵۹، و شوری (۴۲) ۳۸.

و بطوریکه بخاری نقل میکند پیامبر نیز در برخی از امور با اصحاب خود مشورت میکرده و پس از او پیشوایان نیز در امور مباح که نصی در کتاب و سنت نداشت برای اینکه آسانترین راههای فصل کارها را پیدا کنند^۱ با دانشمندان امین مشاوری میکردند. مخصوصاً عمر بن خطاب در احکام و اجتهادهای خود بیش از دیگران به مشورت کردن شهرت دارد^۲.

۱- شرح عینی بر بخاری (ج ۲۵ ، ص ۷۸-۷۹) ، وصحیح مسلم (ج ۵ ، ص ۱۵۷).

۲- اعلام الموقعین ، ج ۱ ، ص ۷۰ .

فصل چهارم

عرف و عادت

عادت بصورت عمومی

عادت بمعنی کلی بروشی گفته میشود که مردم همه یا گروهی از آنان بدان خو گرفته و آنرا شیوه خود ساخته‌اند. عادت در تاریخ تطور زندگی اجتماعی و پدیده‌های مدنیت بشری نقش بزرگی را ایفاء کرده و همیشه از دو عامل بزرگ یعنی وضع سرزمین و روح ملی^۱ ساکنان آن متأثر میشود و همچنین حس تقلید بشری^۲ در نیرومندی و ثبات و نشر آن مدخلیت تمام دارد.

عادت‌ها بر چند نوعند: برخی بامور مدنی و حقوقی و برخی باخلاق و آداب و بعضی به پوشاک و چگونگی برخورد‌های اجتماعی مربوط است و قسمتی دیگر عاداتی بیمعنی است که فقط برای سرگرمی^۳ ایجاد شده‌اند.

-
- ۱- در این باره بکتاب «روح القوانين» مونتسکیو (جزء اول، کتاب چهاردهم)، و کتاب *cursus der institutionen* 1893, Leipzig (در مقدمه) تألیف پوختا *Puchta* و کتاب سافینی - Savigny, *System des heutigen romischen Rechts* مراجعه فرمائید.
 - ۲- بکتاب *Les lois de l'imitation* تألیف تارد *Tarde* رجوع شود.
 - ۳- مثل سقر جویدن در برخی از ایالات امریکا.

پس نخستین قانونگذار خدای متعال است که مبادی شریعت اسلامی را اعم از دین و داکوری و قوانین فروفروستاده است. پس طبیعی است که در دانش فقه و شریعت از عبادات و کلیه معاملات بحث میشود همچنانکه دانشمندان اصول نیز این علم را از علوم دین شمرده اند^۱. و همچنین ارتباط امور معاملاتی با دین و مآخذ آن و مبانی تفسیر و اجتهاد و پژوهش بدیهی است.

بطوریکه گذشت احکام معاملات نزد امم قدیمه با عادات دین آمیخته بود و جدائی قانون از دین متدرجاً در دنیای غرب شروع و آهسته آهسته پیشروی کرد و این جدائی در عصر درخشان امپراطوری روم بعد کمال رسید و امروزه قانون متعلق بامور مدنی و اجتماعی و علم قانون (دانش حقوق) مختص بحقوق دنیوی و وضعیه است^۲. خلاصه اینکه شریعت اسلامی با مبانی و احکام اولیه خود شریعتی است الهی، ولی قانون مدنی فقط درباره معاملات بحث میکند و ضمانت اجرائی آن به عهده دولت است که احکام آنرا با توجه بطروف و مقتضیات و مصالح جرح و تعدیل و وضع و الغاء مینماید.

تقسیم علم فقه

بطوریکه دیدیم فقه اسلامی هم دین و هم قانون است بنابراین مسائل آن بدو بخش بزرگ تقسیم میشود: اول بخش عبادات متعلق بامور آخرت از قبیل ایمان و نماز و زکاة و روزه و حج که این بخش خارج از موضوع بحث ما در این کتاب است. دوم بخشی که درباره امور دنیوی و احکام قانونی سخن میگوید. این بخش نیز

۱- المستمفی از غزالی ج ۱ ص ۴.

۲- از اینرو تعریف وارد در اول کتاب احکام یوستنیا نوس (۱۱ Institutes) باینکه

علم حقوق علم بامور دینی و دنیوی است: *Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia* عجیب بنظر میرسد.

عادت‌ها نیز مانند سایر پدیده‌ها و رویدادهای اجتماعی با اختلاف زمان و مکان گوناگون می‌شود و در هر زمان و مکان بشکل مخصوصی خودنمایی می‌کند.

شاطبی مثالی در این مورد، درباره سربرهنه بودن، در روزگار خود می‌آورد، و در واقع این مطلب با اختلاف مکان فرق می‌کند. در شهرهای شرقی برای رادمردان کاری زشت و مخجل عدالت است ولی در شهرهای مغرب‌زمین چنین نیست.^۱

همچنین دیده می‌شود که در برخی از شهرها حلقه نامزدی را پیش از ازدواج بدست راست می‌کنند و پس از آن بدست چپ منتقل می‌نمایند ولی در بعضی جاهای دیگر برعکس عمل می‌شود و نیز میان طبقه کارگر فرانسه معشوقه گرفتن و داشتن همسر غیر قانونی معمول است و بنابراین باعث عزل وصى نمی‌گردد؛ زیرا این کار نزد ایشان از مساوی اخلاق شمرده نمی‌شود^۲ گرچه دیگران درباره این کار نظر مخالفی دارند. وقتی ملت‌ها بتازگی پا به هستی نهادند عادت به تنهایی اساس همه پدیده‌های اجتماعی و پایه دین و اخلاق و قانون بود و پس از وضع قوانین و بوجود آمدن دادگاه‌ها متدرجاً اهمیت خود را از دست داد تا بوضع کنونی در آمد.

بدینجهت عرف و عادت در تاریخ قانونگذاری روم از مصادر اصلی بشمار می‌رفت و برای اولین بار در الواح دوازده گانه بصورت قانون فراهم گردید و تا ایام ژوستینین معتبر بود و هموست که میگفت «قانون نامدون آنست که در عرف پسندیده باشد».^۳

۱- الموافقات، ج ۲، ص ۲۸۴.

۲- بر این اجتهاد دادگاه استان دویه Douai حکم مورخ ۱۱ نیسان ۱۹۳۸ را صادر کرد، مراجعه شود به سیرای سال ۱۹۳۸، قسم دوم، ص ۲۱۵-۳۱۶.

۳- از کتاب الاحکام ژوستینین (Institutes 1,2,9) Ex non scripto Ius venit, quod

. usus comprobavit:

بطوری که گذشت در فرانسه عرف و عادت پایه قانون ایالات شمالی را تشکیل میداد ولی پس از تدوین قانون ناپلئون و قوانین دیگر اهمیت آن از بین رفت و فقط در مواردی از امور بازرگانی و معاملاتی^۱ بکار میرفت. و از دانشمندان امروز فرانسه جز معدودی، کسی درباره عرف و عادت قضائی کتابی نمی نویسد^۲ اما در انگلستان و آمریکا عرف عام^۳ از دلائل قانونگذاری بشمار میرود، گرچه اکثر عادات کهن، امروزه بصورت رویه های قضائی در آمده است، بطوریکه نادیده گرفتن آنها جایز نیست. خلاصه اینکه عرف و عادت عامل بزرگی در تحولات قانونگذاری ملت ها بود هر چند امروزه نسبت به سابق از نیروی آن کاسته شده است باز در تاریخ قانونگذاری اثر حیاتی دارد و نمیتوان آنرا بدور افکند زیرا عرف و عادت پیشرو قانون و قانون جانشین آنست و پس از تدوین قانون نیز در تأیید و تفسیر و تعدیل و تحرك قانون بکار میرود و رابطه قانون را با زمانهای سابق و لاحقش حفظ میکند.

اثر عادت در قانونگذاری اسلام

پیش از اسلام عادات و تقالید پایه کلمه مظاهر زندگی عرب بود. و عرب نه در دین و نه در اخلاق و بازرگانی و معاملات هیچگونه قانون مدونی نداشت. چون اسلام نمایان شد و نص های قرآن و سنت پایه قانونگذاری گردید عادت اهمیت پیشین

۱- مثال آن مؤدگانی و شیرینی و انعام دادن (الراش والبخشيش *Pourboire*) که در قدیم نوعی بخشش اختیاری بود که بخدمتکار و غیره داده میشد ولی امروز بر اثر عرف در فرانسه و سایر کشورهای اروپا اجباری شده و غالباً به نسبت صدی ده ضمیمه صورت حساب میگردد و پاداش خدمت (سرویس) خوانده میشود.

۲- مانند فرانسوآنی *François Gény*.

۳- *Common Law*.

خود را از دست داد . با آنکه علمای اصول عادت را از ادله شرعیه نمیشارند باز عرف و عادت از دریچه‌های گوناگونی به قانونگذاری اسلامی راه یافته است که ذیلاً مهمترین آنها را نقل میکنیم :

۱- برخی از نصوص و مخصوصاً نصوص سنت مبنی بر عرفند و مثال آنرا در خصوص مکیل بودن گندم و جو قبلاً نقل کردیم و طبیعی است وقتی قانون بر پایه عرف استوار باشد در تفسیر و فهم معانی آن نیز به عرف مراجعه میشود مانند مسائل دیه و قسامه .

۲- سنت تقریری اغلب عادت عرب را تصویب کرده است چه نبی اکرم صلی الله علیه و آله در برابر همگی عاداتهای مستحسن سکوت اختیار کرد و بدیده رضا نگریست و از اینرو همه آنها جزء سنن اسلام گردید .

۳- همانطوریکه دیدیم ، مالک ، به هنگام نبودن نص کردار اهل مدینه را اجماعی کافی و دلیلی شرعی میشمرد . عمل اهل مدینه در غالب موارد جز عرف و عادات کهن و نویکه در آن مرکز تجارت رواج داشت چیز دیگری نبود .

۴- اگر عرف تازه‌ای به علت نیازمندی تازه‌ای پدیدار میگشت و یا اگر عرب در فتوحات خود به عادات جدیدی که برخلاف کتاب و سنت نبود ، برمیخورد آنها را می‌پذیرفت . همین عادت و عرف از راه اجماع مجتهدان یا ادله شرعیه دیگر مانند استحسان و استصلاح بعدها به قوانین اسلام ، بطوریکه در فصول گذشته بیان شد ، راه یافت .

اثر عادت در احکام فرعی

معنی عادت و عرف یکسانست و تعریف عادت بنقل ابن نجیم از هندی در شرح المغنی چنین است : « روشی است که در اثر تکرار در نظر صاحبان طبیعت‌های سلیم

پذیرفته تلقی میشود و در نفوس مستقر میگردد^۱ و آن یا کلی است که در همه جا مورد عمل قرار میگیرد و یا مخصوص به شهری معین یا گروهی از مردم است و در هر دو صورت شرعاً معتبر است. بدینجهت است که در قواعد کلی، عرف معیار قانون شناخته شده و این قاعده یکی از قاعده‌های چهار گانه‌ای است که قاضی حسین^۲ فقه را بر آنها مبتنی دانسته^۳ و مجله آنرا چنین توضیح داده است: «سنجش قانون با عرف است یعنی در اثبات حکم شرعی عادات عمومی یا خصوصی را میتوان داور قرار داد» (ماده ۳۶)،

دلیل تحکیم عادت در امور شرعی اجماع فقیهان و مبتنی بر رویه‌های قضائی اسلام است و در حدیث آمده است: «هر چه را که مسلمانان نیک انگارند در پیشگاه خدا نیز نیک و پسندیده است»^۴. همچنین بخاری نقل کرده است که قاضی شریح در زمان عمر بن خطاب به ریسندگان گفت: «سنت شما میان خودتان معتبر است»^۵.

کتابهای فقهی شامل قواعد کلی دیگری در تحکیم عادت میباشد که مجله‌همه آنها را با عباراتی شیوا و رسا بصورت زیرین بیان کرده است:

۱- در کتاب الاشباه و النظائر، ص ۳۷.

۲- او ابوعلی حسین ابن محمد بن احمد مروودی، متوفی بسال ۴۶۲ هـ، است. وفيات الاعیان از ابن خلکان، ج ۱، ص ۱۴۵.

۳- آنرا تاج الدین سبکی از جمع الجوامع نقل کرده، شرح آن از محلی با حاشیه لبنانی، ج ۲، ص ۳۷۳ مراجعه شود.

۴- به این گفتار قبلاً اشارتی رفت و بکمان برخی از حنفیه، حدیث نبوی نیست بلکه گفتار عبدالله بن مسعود است.

۵- بخاری شرح عینی، ج ۱۲، ص ۱۶.

- ۱- «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» ، (عمل مردم حجت و عمل بر حسب آن ضروری است) (ماده ۳۷) . این قاعده در المجامع از تلویح نقل شده است.^۱
- ۲- «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» ، (شناخته شده های عرف همانند شروط قراردادی است) (ماده ۴۳) . این قاعده از فتاوی ظهیری نقل شده و با عباراتی متفاوت در دیگر کتب آمده است و از جمله در بزازیة چنین آمده است «المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً» ، (شرط عرفی مانند شرط شرعی است) ، و در المجامع است «العادة المطردة تنزل منزلة الشرط» ، (عادت شایع و عمومی در حکم شرط است).^۲
- ۳- «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» ، (عرف میان بازرگانان مانند شرط آنان است) (ماده ۴۴) . و با عبارت قنیه ، «معارف میان تجار مانند شرط است».^۳
- ۴- «النعين بالعرف كالنعين بالنص» ، (تعین کردن بوسیله عرف مانند تعین کردن از راه نص است) (ماده ۴۵) و در المبسوط چنین آمده است ، «آنچه به عرف ثابت شود مانند آنست که به نص ثابت شده باشد».^۴

شرط های عادت

عادت وقتی معیار قانون واقع میشود که شروطی را دارا باشد :

- ۱- بطوریکه از تعریف عادت برمیآید باید ، «نزد صاحبان طبع سلیم پذیرفته شود» یعنی معقول و مطابق با ذوق سلیم و رأی عمومی باشد .
- ۲- عادت باید از امور تکراری و شایع باشد . قاعده کلی منقول در کتاب

۱- المنافع ، ۳۰۸ .

۲- همان کتاب ، ص ۳۲۴ .

۳- رسالة نشر العرف ، ص ۱۵ ، از ابن عابدین .

۴- همان کتاب ، ص ۴ .

الاشباه و النظائر^۱ و مجله چنین است : « عادت وقتی معتبر است که شایع و یا غالب باشد (ماده ۴۱) و تفسیر آنرا نیز مجله از المجامع^۲ در ماده ۴۲ نقل میکند که « اعتبار برای غالب شایع است نه برای نادر ». مثلاً اگر ثمن مبیع مطلق باشد و نوع آن تعیین نشود باید آنرا از نوع نقد غالب محل^۳ دانست .

۳- در معاملات عرف سابق یا عرف معمول زمان معتبر است و عرف لاحق عطف بما سابق نمیکند^۴. پس اگر در هر شهری انواع مختلف دنیا رو درهم وجود داشته باشد ، ثمن مطلق به نقد جاری و عرف غالب زمان خود برمیگردد و چنانچه پس از وقوع بیع اختلاف و تغییر دیگری روی دهد تأثیری در موضوع ندارد .

۴- چنانچه میان اطراف قرارداد ، برخلاف عرف ، شرط شده باشد در این صورت پیروی از عرف روا نیست ، چه عرف بمنزله شرط ضمنی است و با وجود شرط صریح دیگر محلی برای آن نمی ماند .

۵- بطوریکه در المجامع آمده است « هنگامی عرف حجت است که مخالف نص فقهی نباشد »^۵. و نظر غالب فقها نیز بر این است ، چه نص اقوی از عرف است . ولی ابویوسف در مورد نص هائیکه بر پایه عرف عمومی قرار گرفته اند با نظر مزبور مخالف است و مجله نیز از گفتار ابویوسف پیروی کرده و نظریه او را در این خصوص قبلاً روشن کردیم .

۱- الاشباه از ابن نجیم ، ص ۳۷ .

۲- المنافع شرح المجامع ، ص ۳۲۵ . و بنا بمثل لاتینی *Ad ea quae prequentius accidunt jura adaptantur* .

۳- الهدایه ، ج ۳ ، ص ۱۸ .

۴- الاشباه والنظائر از سیوطی (ص ۶۸) ، و از ابن نجیم (ص ۴۰) .

۵- المنافع ص ۳۲۴ .

بهر حال عرف و عادت يك مصدر بیرونی برای قانونگذاری اسلام شمرده میشود و هر گونه عرفی که موافق با ادله معتبر اصولی باشد، مأخذ قانونی است و هر عرفی که خلاف روح شریعت و حکمت و نصوص آن باشد مردود است. مانند منع زن از ارث بردن و شتابزدگی و بیدرنگی در طلاق و سوگند خوردن بر آن^۲ و بکار بردن حیله نزد کسانی که به حرمت آن معتقدند.

نمونه‌هایی از تحکیم عادات

در مجله و کتابهای فقهی امثله فراوانی بر منطای بودن عرف در معاملات میتوان یافت و چند نمونه برای توضیح آورده میشود:

هر گاه خیاطی را برای دوختن جامه‌ای اجیر کنند سوزن و نخ بحکم عرف بعهده اوست و چنانچه مردی فرزندش را برای آموختن صنعتی پیش استادی ببرد و هیچکدام بر دیگری اجرتی شرط نکنند، پس از آموختن در خصوص اجرت رجوع به عرف میشود و بمقتضای عرف اجرت المثل یا اجرت متداول بآموزنده پرداخت میگردد و یا بعکس او باید اجرتی به شاگرد خود بدهد (ماده‌های ۵۷۴ و ۵۶۹). و همچنین بیع و فای بیع شرط را جایز شمرده‌اند یعنی هر گاه فروشنده ثمن را بر گرداند مشتری موظف است دبیع را پس بدهد (ماده ۱۱۸). همچنین عرفی که در زمان ابن نجیم در بازار قاهره بنام «تخلیه مغازه‌ها»^۳ مورد عمل بوده و بموجب آن

۱- بکتاب القضاء بین البدو از عارف العارف (چاپخانه بیت المقدس، ۱۹۳۳، ص ۱۲۵)، و کتاب العدل البدوی *Bedouin Justice* تألیف کینت Kennet (کمبریج، ۱۹۲۵، ص ۹۹).

۳- فتاوی ابن تیمیه (مصر، ۱۳۲۶-۱۳۲۹ هـ، ج ۳، ص ۲ و بیعد)، و مجله المنار (سال ۱۳۴۳ هـ، ص ۷۳۷-۷۴۲).

۳- سرقفلی. مترجم

مالك مغازه نمی توانست مستأجر را بیرون کند و یا دکان را بدیگری اجاره دهد^۱ و نیز بنا بنظر مشایخ بخارا عرفی که بمقتضای آن کسی پشم رشته شده را بدیگری میداد تا نصف آن را بباقد و نیم دیگر را بعنوان اجرت بردارد، همچنین عرفی که بموجب آن بچه را بدایه می سپردند و بعنوان اجرت ، خوراك و پوشاك اورا تأمین میکردند، در نظر فقیهان حنفی جائز شمرده شده است . گرچه اندازه اجرت در هر دو حالت نامعین است و همچنین گفته اند که در مورد چیزهائی که بالنبع و حتی بدون ذکر در عقد جزء مبیع بشمار میرود و بملکیت مشتری منتقل میگردد ، باید بعرف مراجعه کرد . مثلاً نردبان منفصل در عرف کوفیان در ضمن بیع خانه بمشتری منتقل نمیشود ولی در عرف مردم قاهره تابع خانه است .

اگر بازرگانی چیزی را بفروشد و با مشتری در مورد نقد یا نسیه بودن معامله مذاکره نکند و از طرفی عرف وعادت متعارف بازرگانان براین باشد که مشتری باید قسط معلومی را همه هفته بفروشنده بپردازد اطلاق بیع سبب میشود که در این مورد نیز بر حسب عرف عمل کنند^۲.

چنانچه کسی ، دیگری را که عادة^۳ با اجرت کار میکند مانند واسطه کار و دلال و باربر و درودگر بکاری وادارد بدون اینکه اجرت او را معین کند در این صورت او اجرتی را مستحق است که عرف وعادت بر آن جاری است^۴.

۱- به شرح حموی برالاشباه (ج ۱ ، ص ۱۳۶-۱۳۸) در موضوع اختلاف در جواز تخلیه و نیز به فتاوی محمد بن بلال حنفی و مفتی ابوسعود و ناصرالدین لقانی مالکی و دیگران مراجعه شود.

۲- مثلاً پرداخت روزشبه بنام «السبیه» میان بازرگانان بیروت وغیره معروف است.

۳- در مورد این مثالها به الاشباه و النظائر از ابن نجیم (ص ۳۸-۴۱) ، و رساله نشرالعرف از ابن عابدین (ص ۲۷) ، وقواعد الاحکام از عز بن عبدالسلام (ج ۲ ، ص ۱۳۵) ، *

بعلاوه عرف و عادت تأثیر کاملی نیز در تفسیر برخی نکته‌ها دارد و در این خصوص دو قاعده کلی وارده در مجله و منقول از المجامع^۱ را نقل میکنیم:

نخست: «الممتنع عادة» کالممتنع حقيقة، (آنچه عادة ناممکن است مانند ناممکن حقیقی است)، (ماده ۳۸)، یعنی امر نشدنی در عرف مردم مانند امر نشدنی حسی است. مثال ممتنع حسی اینست که مثلاً کسی ادعای فرزندى کسی را کند که سنش از او بیشتر است. و مثال ممتنع عرفی اینست که نادار و درویشى دعوى کند که پادشاه مبلغ کلانى از او قرض گرفته است. اینجا است که وضع مورد ادعا را، عادة ممتنع و در حکم محال محسوس باید دانست^۲.

دوم - «الحقيقة ترك بدلالة العادة»، (حقیقت بر اهنه منی عادت ترك میگردد). (ماده ۴۰) یعنی هر گاه معنی حقیقی لفظی مهجور و معنی مجازی آن شایع گردد باید معنی مشهور مجازی آن را مورد توجه قرار داد، بطوریکه گفته‌اند «غلط مشهور بهتر از صحیح مهجور است»^۳.

* و تبصرة الاحكام از ابن فرحون (ج ۲، ص ۶۵) بیعد رجوع شود .

۱- المنافع شرح المجامع ، ص ۳۱۹-۳۳۲ .

۲- ماده ۱۶۹۷ مجله .

۳- این مثال لاتینی در برابر آنست: *Via trita via tuta. Communis error facit Jus*

فصل پنجم

رابطه قوانین اسلام با قوانین روم^۱

نظریات گوناگون

تحقیق در رابطه شریعت اسلام با قانون و حقوق روم بس باریک و دقیق و اختلافات فراوانی در اینمورد میان صاحبنظران پیدا شده است که برخی عقیده به تأثیر قانون روم در شریعت اسلام دارند و بعضی آن را نفی کرده اند و دسته سوم رأی میانه و معتدلی درپیش گرفته اند . نظریه نخست از دانشمندان غربی و از خاورشناسانی از قبیل گلدزیهر در کتاب «گفتگوهائی از اسلام»^۲ و فون کریمر در کتاب «تاریخ فرهنگ شرقی در عهد خلفاء»^۳ و آیموس در کتاب «قانون مدنی روم»^۴ و امیلیوبوسی

۱- استاد م.م. رفیق اهم مواد این فصل را از چاپ اول با برخی تصرفات از انگیسی ترجمه کرده و در مجله دانشکده حقوق لاهور دانشگاه پنجاب شماره ایار سال ۱۹۵۰ ص ۴۳ چاپ شده است .

۲- Goldziher, vorlesungen über den Islam رجوع شود به ترجمه فرانسه آن
۳- Le Dogme et la Loi de l'Islam ، پاریس ۱۹۲۰ ص ۳۹ .

۴- Von Kremer, culturgeschichte des orientis unter den chalifen فیانانا ۱۸۷۵ ، ج ۱ ، ص ۵۳۲ و مابعد آن .

۵- Amos, Roman ciril law ، ص ۴۰۶-۴۱۵ .

به تقسیمات دیگری منقسم میشود که اهم آنها قوانین کیفری و ازدواج و معاملات می باشد.

قوانین کیفری در جنایات و بزهکاریها مانند قتل، سرقت، زنا، شرب خمر، قذف و مجازات و متفرعات آنها از قبیل قصاص و حدود و دیات سخن میگوید. قسم مناکحات در زواج و طلاق و فروع آنها مانند عده و نسب و نفقه و حضانت و ولایت و وصایت و ارث بحث میکند که امروز بقوانین احوال شخصیه و قانون خانواده معروفند.

قسم معاملات در امور مالی و متعلقات آن از حقوق و التزامات و عقود بحث میکند مانند احکام خرید و فروش و اجاره و هبه و اعاره و ودیعه و کفالت و حواله و شرکت و صلح و غصب و تلاف و نظائر آنها^۱.

با توجه باین نوع تقسیم بندی است که ماده اول مجله میگوید: «مسائل فقهی یا مربوط بآخرت است که عبادات میباشد و یا مربوط بدنیا است که منقسم میشود به مناکحات و معاملات و عقوبات. چون مشیت خداوند بر این قرار گرفته است که نظم را در این جهان تا وقتی که معین کرده است استوار و پا برجا بدارد و این نظم جز با بقای بنی نوع بشر میسر نیست و آن نیز بر ازدواج مردان و زنان بمنظور توالد و تناسل متوقف است. ثانیاً بقاء انسانیت بسته باین است که افراد از هم پراکنده نشوند چه فرد بر حسب اقتضاء مزاج خود در امور صناعی به خوراکی و رخت و خانه و جایگاه نیازمند است که بر آوردن آنها به تعاون و تشارك افراد بستگی دارد ... پس برای استقرار نظم و عدالت احتیاج بقوانینی است که مورد تأیید شریعت باشد؛ چه در امر

۱- برخی مسائل فقه را بر سه قسم تقسیم کرده اند: عبادات و امور کیفری و امور حقوقی و سپس امور حقوقی را بمقررات مربوط بازدواج، معاملات مالی، و امانات و دعاوی تقسیم کرده اند. مراجعه شود به حاشیه الفتاوی الاثرویه، بولاق ۱۲۸۱ هـ ج ۱ ص ۱.

در کتاب «بحث‌هایی در اتباط بیزانس و اسلام»^۱ و دیگران میباشد .
 نظریه دوم از طرف استاد فائز خوری در کتاب «الحقوق الرومانية»^۲ و استاد
 عارف نکدی در رساله «القضاء فی الاسلام»^۳ و حضرت شیخ محمد سلیمان در رساله
 «بای شرع نحکم»^۴ و دیگران داده شده است .

واز دسته سوم از سید محمد حافظ صبری در کتاب «المقارنات والمقابلات»^۵
 و سید احمد امین در دو کتاب «فجر الاسلام»^۶ و «ضحی الاسلام»^۷ و سید عطیه مصطفی
 مشرفه در کتاب «القضاء فی الاسلام بوجه عام»^۸ و دکتر شفیق شحاته در کتاب «النظرية
 العامة للالتزام فی الشرع الاسلامی»^۹ و دیگران میتوان نام برد . بطوریکه مشاهده
 میشود دو گروه دوم و سوم از دانشمندان و فقیهان شرق‌اند و بطور کلی در این مسأله
 بیشتر از دسته اول به تحقیق پرداخته‌اند ، گرچه برخی حقیقت مطلب را دریافته و
 گروهی از آنان تا اندازه‌ای گرفتار احساسات ملی خود شده‌اند .

دسته نخست همگی از بیگانگانند و غالب آنان فقه اسلامی را بدقت مطالعه

Emilio Bussi, Ricerche introno alle relazioni fra retratto byzantino et -۱

musulmamo ، میلانو ، ۱۹۳۳ .

۲- دمشق ، ۱۹۲۴ ، ص ۹-۱۲

۳- دمشق ، ۱۹۲۲ ، ص ۳ . بنقدی که بر چاپ اول این کتاب نوشته است ، در مجله

مجمع علمی عربی دمشق ، سال ۱۹۴۷ ، ص ۲۶۱-۲۶۷ مراجعه شود .

۴- قاهره ، ۱۹۳۶ ، شماره ۴۰ .

۵- مصر ، ۱۹۰۲ ، ص ۵ و ۱۸۶ .

۶- ۱۹۳۳ ، ص ۲۹۰ .

۷- ج ۱ (۱۹۳۴ ، ص ۲۷۸) و ج ۲ (۱۹۳۵) ، ص ۱۰۴

۸- مصر ، ۱۹۳۹ ، ص ۱۱۷ و مابعد آن .

۹- بفرانسه ، چاپ قاهره ، ۱۹۳۶ ، ص ۱۸۰ .

نکرده بلکه در غالب موارد به مطالعاتی سطحی اکتفا نموده اند و بدیهی است که بررسی‌هایی از این قبیل، کافی بنظر نمی‌رسد. مثلاً آیاموس صریحاً مینویسد، «شرع محمدی چیزی جز قانون امپراطوری روم شرقی نیست که با احوال سیاسی مستملکت عربی وفق داده شده است»^۱. این قضاوت تند، بسی سبک بنظر می‌رسد و منتهای مبالغه گوئی را می‌رساند بعلاوه برهان علمی که آوردن آن در همچو بحثی ضروری است، باین ادعا همراه نیست.

تنها دلیلی که صاحبان نظریه اول آورده‌اند برخی از شباهت‌هایی است که میان برخی از احکام دو شریعت وجود دارد و یا ادعا میشود که وجود دارد و نیز تأثیر شریعت و قانون عبریان و تأثیر عادات کشورهایائی که بدست مسلمانان افتاد از شواهد این ادعا است. ارزیابی این استدلال توجه بمسائل زیر را ایجاب میکند:

اول - آیا شباهت پنداری، شباهتی قابل توجه و پرمایه است یا اندک و غیر قابل ذکر؟

دوم - آیا مجرد وجود شباهت دلیل بر اقتباس است؟

سوم - آیا فقیهان اسلام با قانون روم سروکاری داشته‌اند؟

چهارم - رابطه دو شریعت از کجاست؟ شریعت یهود و عادات مردم روم در سرزمین‌هایی که بدست مسلمانان افتاد چه رابطه‌ای میتواند با این موضوع داشته باشد؟

۱- این سخنی است که استاد دلی، در کتاب تاریخ قوانین (لندن، ۹۱۱، ص ۳۲۲)

از کتاب آیاموس (ص ۴۱۵) نقل کرده و اصل آن چنین است: *Mohamedan Law is nothing but the Roman Law of the Eastern Empire adapted to the Political conditions of the Arab Dominions (Lee, Historical Jurisprudence)*.

اندازهٔ مشابهت این دو شریعت

فون کریمر میگوید^۱ موارد شباهت میان شریعت روم و اسلام فراوان است و مهم‌ترین آنها قاعدهٔ «دلیل بر عهده خواهان» ، و سن بلوغ و رشد و برخی از قوانین بازرگانی مانند اجاره و بیع و فرق گذاشتن میان بیع و معاوضه است و اکنون واقعیت چگونگی این تشابه و تفسیر آن بیان می‌گردد .

اما قاعدهٔ «البینه علی المدعی» ، (دلیل بر عهده خواهان بودن) که بموجب آن باید خواهان در پیشگاه دادرس خواستهٔ خود را ثابت کند مبتنی است بر حدیث شریعت «البینه علی المدعی والیمین علی من انکر»^۲ و معلوم است که تاریخ صدور این حدیث پیش از فتوحات اسلامی و غلبهٔ اسلام است بر کشورهای که فرمانبردار قانون روم بودند . بنابراین تصور اقتباس حدیث از قانون روم منتهی است .

اما شباهت در مسئلهٔ دوگانگی بیع و معاوضه در دو قانون فوق، توهمی بیش نیست چه در قانون روم معنی بیع مبادلهٔ مال است به نقد و معنی معاوضه مبادلهٔ مال است به مال . و بیع^۳ از عقود است که با ایجاب و قبول و بمجرد رضای طرفین منعقد میشود ولی معاوضه^۴ از عقود «بی نام» است و تنها ایجاب و قبول در آن کافی نیست و نیازمند به تنفیذ بعدی یکی از دو طرف معامله است و این، اهمیت عملی بس مهمی

۱- در کتابی که قبلاً اشاره شد ، ص ۵۳۳ و ۵۳۶-۵۳۷ .

۲- سیوطی آنرا در الجامع الصغیر (شماره ۳۲۲۵ و ۳۲۲۶) از ترمذی و بیهقی نقل کرده است .

۳- *Emptio-Venditio* .

۴- *Permutatio* .

۵- *Do ut des* ، قانون روم از ژرار ، ص ۶۲۷ و مجموعهٔ دیپستا (D, 19, 4) .

نکرده بلکه در غالب موارد به مطالعاتی سطحی اکتفا نموده اند و بدیهی است که بررسی‌هایی از این قبیل، کافی بنظر نمی‌رسد. مثلاً آیاموس صریحاً مینویسد، «شرع محمدی چیزی جز قانون امپراطوری روم شرقی نیست که با احوال سیاسی مستملکت عربی وفق داده شده است». این قضاوت تند، بسی سبک بنظر می‌رسد و منتهای مبالغه گوئی را می‌رساند بعلاوه برهان علمی که آوردن آن در همچو بحثی ضروری است، با این ادعا همراه نیست.

تنها دلیلی که صاحبان نظریه اول آورده‌اند برخی از شباهت‌هایی است که میان برخی از احکام دو شریعت وجود دارد و یا ادعا میشود که وجود دارد و نیز تأثیر شریعت و قانون عبریان و تأثیر عادات کشورهای که بدست مسلمانان افتاد از شواهد این ادعا است. ارزیابی این استدلال توجه بمسائل زیر را ایجاب میکند:

اول - آیا شباهت پنداری، شباهتی قابل توجه و پرمایه است یا اندک و غیر قابل ذکر؟

دوم - آیا مجرد وجود شباهت دلیل بر اقتباس است؟

سوم - آیا فقیهان اسلام با قانون روم سروکاری داشته‌اند؟

چهارم - رابطه دو شریعت از کجاست؟ شریعت یهود و عادات مردم روم در سرزمین‌هایی که بدست مسلمانان افتاد چه رابطه‌ای میتواند با این موضوع داشته باشد؟

۱- این سخنی است که استاد «لی» در کتاب تاریخ قوانین (لندن، ۹۱۱، ص ۳۲۲) از کتاب آیاموس (ص ۴۱۵) نقل کرده و اصل آن چنین است: *Mohamedan Law is nothing but the Roman Law of the Eastern Empire adapted to the Political conditions of the Arab Dominions (Lee, Historical Jurisprudence)*.

اندازهٔ مشابهت این دو شریعت

فون کریمر میگوید^۱ موارد شباهت میان شریعت روم و اسلام فراوان است و مهمترین آنها قاعدهٔ «دلیل بر عهده خواهان» ، وسن بلوغ و رشد و برخی از قوانین بازرگانی مانند اجاره و بیع و فرق گذاشتن میان بیع و معاوضه است و اکنون واقعیت چگونگی این تشابه و تفسیر آن بیان میگردد .

اما قاعدهٔ «البینه علی المدعی» ، (دلیل بر عهده خواهان بودن) که بموجب آن باید خواهان در پیشگاه دادرس خواستهٔ خود را ثابت کند مبتنی است بر حدیث شریعت «البینه علی المدعی والیمین علی من انکر»^۲ و معلوم است که تاریخ صدور این حدیث پیش از فتوحات اسلامی و غلبهٔ اسلام است بر کشورهایائی که فرمانبردار قانون روم بودند . بنابراین تصور اقتباس حدیث از قانون روم منتهی است .

اما شباهت در مسألهٔ دوگانگی بیع و معاوضه در دو قانون فوق، توهمی بیش نیست چه در قانون روم معنی بیع مبادلهٔ مال است به نقد و معنی معاوضه مبادلهٔ مال است به مال . و بیع^۳ از عقدهائیست که با ایجاب و قبول و بمجرد رضای طرفین منعقد میشود ولی معاوضه^۴ از عقدهای «بی نام» است و تنها ایجاب و قبول در آن کافی نیست و نیازمند به تنفیذ بعدی یکی از دو طرف معامله است و این، اهمیت عملی بس مهمی

۱- در کتابی که قبلاً اشاره شد ، ص ۵۳۳ و ۵۳۶-۵۳۷ .

۲- سیوطی آنرا در الجامع الصغیر (شماره ۳۲۲۵ و ۳۲۲۶) از ترمذی و بیهقی نقل کرده است .

۳- *Emptio-Venditio* .

۴- *Permutatio* .

۵- *Do ut des* ، قانون روم از ژرار ، ص ۶۲۷ و مجموعهٔ دیژستا (D,19,4) ،

دارد که تفصیل آنرا در حقوق روم باید مطالعه کرد ولی در شریعت اسلام معاوضه نوع خاصی از بیع رضائی است.^۱

دو عقد بیع و اجاره گرچه از نظر پاره‌ای از احکام عمومی در دو شریعت همانند هستند و علت آن ضرورت وجود روابط بازرگانی و مبادلات اقتصادی است ، ولی در احکام تفصیلی مانند خیار رؤیت و امور متعدد دیگری از این قبیل، اختلافهای زیادی میان این دو قانون آشکارا دیده میشود .

در مورد مسأله بلوغ و رشد میان دو قانون شباهت روشنی وجود ندارد . در حقوق روم سن بلوغ برای دختر دوازده سال تمام و برای پسر چهارده سال تمام^۲ در نظر گرفته شده ولی در اسلام ، بنابر مشهور ، سن بلوغ پانزده سالگی است.^۳

از اینرو میتوان آثار مبالغه‌گویی و اغراق را در این ادعا مشاهده کرد چه بهیچ دلیل قانع‌کننده‌ای بر تأثیر فقه روم در حقوق اسلام در دست نیست . و چنانچه تأثیر و تأثری هم رخ داده باشد باز بسیار اندک و ناچیز است و در برابر وجوه تمایز اساسی و اختلافات اصولی این دو شریعت که شرح آنها از حوصله این کتاب بیرون است قابل توجه و بحث نیست و فقط چند مورد مهم آن ذیلا نقل میشود :

اول - زنان رومی زیر سرپرستی همیشگی بودند^۴ و تا پایان زندگی خود بدون اجازه سرپرست نمیتوانستند در دارائی خود تصرفی کنند ولی شرع اسلام بزنان اهلیت

۱- ر.ک. به ماده‌های ۱۲۲ و ۳۲۹ مجله احکام عدلیه . (در فقه شیعه نیز معاوضه نوعی بیع رضائی است که احکام خاصه بیع در آن جاری نمیکرد ، و اینکه کدامیک از عوضین مبیع و کدامیک ثمن است ملاحظه نمیشود و ماده ۴۶۴ قانون مدنی ایران نیز آنرا تعریف کرده است . مترجم)

۲- ژوستینین ، الاحکام Inst. 1, 22 .

۳- ماده ۹۸۶ المجله .

۴- Tutela perpetua mulierum .

استیفاء تام داده است و آنان مانند مردان میتوانند هر گونه تصرف قانونی در دارائی خود بنمایند .

دوم - کابین در اسلام از جانب شوهر بزن پرداخت میشود^۱ ولی نزد رومیان از جانب زن یا یکی از سرپرستان او به شوهر پرداخت میشد .

سوم - پسر خواندگی با آنکه در حقوق روم^۲ قانونی بود ، در اسلام مورد تصویب و تأیید قرار نگرفت^۳ .

چهارم - در حقوق روم عقود و آئین دادرسی دارای مقرراتی پیچیده بود ولی در اسلام بحکم قاعده ، «در عقد و قرار داد اعتبار بر قصد و معنی است نه بر لفظ» و قاعده «کارها بقصد و نیت است» قضیه برعکس است .

پنجم - در قانون روم حواله بدهی جائز نیست ولی در اسلام بدون هیچگونه اختلاف آنرا پذیرفته اند .

ششم - قواعد ارث و وصیت در دو قانون اسلام و روم کاملاً متفاوتند . در شرع اسلام بنظر اهل سنت ، وصیت برای وارث جائز نیست ولی در شریعت روم وصیت اساساً برای تعیین وارث است .

هفتم - احکامی نظیر شفعه و وقف خانه بر اولاد که در قانون اسلام پیشینه روشنی دارند در قانون روم یافت نمیشود الخ ...

۱- حدیث صحیح «التمس ولو خاتماً من حديد» در صحیحین و مسند احمد و سنن ابو داود نقل شده است و (الجامع الصغير از سیوطی ، شماره ۱۵۶۴) .

۲- *Aduptio et adrogatio* .

۳- به مقتضای آیه کریمه : «وما جعل ادعیاءکم ابناءکم ... ادعوهم لابائهم» احزاب (۳۳) ۴ . همچنین رجوع کنید به مقاله مؤلف این کتاب در احکام پسر خواندگی در شریعت اسلام مقاله ای که در مجله قضائی لبنان ، سال اول ، ج ۱ ، ص ۶ منتشر شده است .

تشابه بخودی خود تا چه اندازه ارزش دارد

تنها مشابهت میان دو قانون چهاررزشی میتواند داشته باشد؟ آیا این تشابه را میتوان دلیل کافی بر اقتباس یکی از دیگری دانست؟ آیا وجود پاره‌ای سازگاریها بین دوشریعت حاکی از اینست که یکی از دیگری گرفته شده است؟ تردیدی نیست که تنها همانند بودن کافی برای اثبات قضیه نیست و تفسیر این امر نیازمند به تفصیل میان قواعد کلی و احکام جزئی است.

قواعد کلی از قبیل حرمت قتل ناروا و دزدی و زنا و غیره بر مبادی اولیه عدالت استوارند و از اینرو این قواعد همیشه یکسان است و جای تعجب نیست که در اینگونه موارد قوانین تازه و کهنه در احوال و امکنة مختلف و میان جامعه‌های گوناگون چه باهم ارتباط داشته باشند یا نه، مانند هم باشند. اما احکام جزئی همیشه مانند هم نیستند و در غالب موارد بر حسب اقتضای زمان و مکان و اوضاع اجتماعی تغییر میپذیرند، با این همه محال نیست که شباهتی میان آنها دیده شود.

شباهت مزبور ممکن است از راه تقلید و اقتباس نیز باشد. چه قوانین مبتنی بر علل و اسبابی است و اگر علل و اسباب در دو کشور مانند هم باشند تشابه قوانین نیز در آن دو کشور معقول بنظر میرسد زیرا از اسباب و عللی همانند نتایجی شبیه حاصل میشود. این قاعده مخصوص به احکام شرع نیست، بلکه در تمام پدیده‌های اجتماعی نمایان است و همین شباهت است که در تمدن‌های مختلف دیده میشود.

واضح‌ترین مثال، فرزند خواندگی است که بموجب آن فرزند بیگانه‌ای وارد خانواده کسی میگردد و در احراز حقوق و ایفای واجبات جای فرزند حقیقی او را میگیرد. این عمل در هند باستان و روم معمول بود. علت این کار ترس از این بود که رئیس خانواده بی‌جانشین بمیرد و پس از او خانواده بی‌سرپرست بماند و کسی

نباشد که مردگان را به نیکی (یاد) کند^۱. آیا مجرد این شباهت دلیل بر اینست که یکی از این دو کشور فرزند خواندگی را از دیگری اقتباس کرده است؟ و اگر چنین ادعائی کنند آیا دلیل اثبات آن چیست؟

بیشك مثالهایی بشمار از این قبیل وجود دارد. شباهتی که در مسأله حکم فضولی یعنی تصرف در مال غیر بدون اذن او و نیز در مورد سوءاستفاده از حقوق از برخی جهات در دو قانون اسلام و انگلستان وجود دارد، آیا دلیل بر اقتباس یکی از دیگری است؟

این سخنی نامعقول است، زیرا نه شریعت اسلام از قانون انگلیسی چیزی اقتباس کرده و نه حقوق انگلستان از اسلام در این مورد بهره‌مند شده است، چه قانون اسلام قدیمتر از قانون انگلستان است و تصور اقتباس آن از این عاقلانه نیست. و قانون انگلستان هم بحکم تاریخ وقتی از قوانین نزدیک اروپائی چیزی نگیرد از قوانین دور اسلام چگونه میتواند اقتباس کند؟

حاصل اینکه در مدنیت‌های گوناگون همواره در قواعد کلی و احیاناً در برخی از قوانین جزئی بهنگامیکه بر علل یکسان استوار باشند مشابهتهائی یافت میشود و این امر کافی بر اثبات اقتباس یکی از دیگری یا نقل قانونی از مکانی به مکان دیگر نیست.

پس شباهت بین قانونهای مختلف وجود دارد و مانیزه معترفیم که میان دوشریعت اسلام و روم در قواعد کلی و جزئی و بعضی که یاد شد، مشابهتهائی یافت میشود. بهر حال برخی از تئوریهای قانونی لاتین در حقوق روم سابقه نداشت و آنها را پس از دوره نهضت علمی اروپا شارحان و مفسران تحصیلکرده مدرسه بولونیای

۱- نگاه کنید به کتاب مابین بنام «قانون قدیم» (ص ۱۱۴)، و کتاب دوکولانز (ص ۵۵-۵۶).

ایتالیا و مدارس اروپائی دیگر پدید آوردند. گمان قوی می‌رود که آنان از تعلیمات حقوقی عرب از طریق اندلس و غیره استفاده کرده باشند، همچنانکه از بازرگانی و صنایع عرب از راه شهرهای مجاور دریای مدیترانه نیز متأثر شدند و از آن روزگار تا کنون کتابخانه‌های اروپا سرشار از کتابها و دستنویس‌های عربی است و حتی کلمات فراوانی از زبان عرب وارد زبانهای اروپائی شده است.

تنها ذکر يك نمونه می‌تواند گفتار ما را کاملاً تأیید کند. در تاریخ قانون بازرگانی ثابت است، که مسلماً پیش از قرن دوازدهم، اروپا و قانون بازرگانی آن، با سفته و برات آشنائی نداشت در صورتیکه این دو نوع سند در کلیه کتابهای فقه اسلامی خصوصاً کتب حنفی از قرن هشتم میلادی بعد شناخته شده بشمار میرفت. و این دو نوع سند بقول Grasshoff پس از چهار قرن بهنگام جنگهای صلیبی از طریق اندلس که در آن روزگار شهری عربی بود و همچنین از راه ایتالیا به اروپا راه یافت. از اینرو گفته‌اند که کلمه «اوال»^۱ فرانسه که بمعنی ظهر نویسی سفته بوسیله پشت نویسی و امضا برسمیل ضمانت بکار می‌رود از کلمه «حواله» عرب مشتق است و نیز کلمه «اوار»^۲ که در قانون بازرگانی دریائی فرانسه بمعنی خسارتهای دریائی بکار می‌رود از کلمه «عوار» عربی مأخوذ است.^۳

ما در این مقام نبودیم که به شاهدها و نمونه‌هایی از این قبیل استشهاد کنیم، اما گروهی از مورخین حقایق مسلم تاریخی را نادیده گرفته و ادعا کرده‌اند

۱- Aval.

۲- Avaries.

۳- مراجعه شود بآنچه Paul Huvelin از Grasshoff نقل کرده و در مقاله منتشره در مجله *Annales de droit commercial*، سال ۱۹۰۱، پاریس، ص ۱ - ۳۰، و خصوصاً در ص ۲۲-۲۶ آمده است.

ازدواج و چه در اموری که به تعاون و تشارک نیازمند است، یعنی در مورد معاملات؛ و برای ثبات امر تمدن به قوانین کیفری که همان بخش عقوبات دانش فقه است محتاج می باشد .

هر گاه کسی کتب و مجموعه های فقهی اسلامی را ورق بزند، همه آنها را در روش نگارش و تبویب مشابه می یابد که از عبادات شروع میشود و به قسمتهای دیگر از قبیل جزائیات و مناکحات و معاملات می پردازد و اگر در تبویب ابواب گاهی در میان مؤلفان اختلافی دیده شود بهر حال در اساس نگارش و اسلوب فرقی آشکار با یکدیگر ندارند .

علاوه بر همه اینها مسائل دیگری در کتب فقه یافت میشود که مهمترین آنها، مسائل مربوط به مراعات و سیر و امور کشور داری است که بخش مراعات آن شامل دادرسی و دعاوی و ادله و وسائل اثبات دعوی و بخش دوم یعنی سیر شامل احکام جهاد و غنائم و امان و پیمان بستن با زمین و اختلافات مذهبی و احکام جنگ و آشتی و اختلافات جنسی که امروز جزء قوانین بین المللی است . و در بخش سوم از خلافت و حکومت و وزراء و استانداران و تشکیلات کشوری و امور ارتشی و اقتصادی و جزیه و مالیات که امروز داخل در قوانین اداری و مالیاتی میباشد بحث میکند.

تقسیمات قوانین جدید

حقوق موضوعه جدید بدو بخش بزرگ منقسم میگردد : حقوق خارجی و حقوق داخلی . حقوق خارجی نیز به حقوق بین المللی عمومی و حقوق بین المللی خصوصی تقسیم میگردد که قسم اول در ارتباطات بین دولتها در حال سازش و جنگ و غیره بحث میکند و قسم دوم از جنسیت و تابعیت و تعارض قوانین مختلف بهنگام تطبیق روابط اتباع و افرادی که در تابعیت و وضعیتهای سیاسی نسبت بهم بیگانه اند

که هر چه در شرایع و حقوق عرب و اسلام وجود دارد ، همه از قانون روم اقتباس شده است . اگر رومیان به سفته و حواله آشنائی میداشتند . بیشک اینان باز ادعا میکردند که اسلام در این مورد نیز از حقوق روم متأثر شده است .

و چنانچه بنظریه بینات که علمای قرون وسطی بتدوین آن خصوصاً در اسپانیا پرداختند نگاه کنیم خواهیم دید که اغلب آنها با نظریات وجود در حقوق اسلام همانند است و بطوریکه در چندین مثال متذکر شدیم پاره‌ای از آنها منقول از فقه اسلامی است^۱.

فقیهان اسلام وقانون روم

بدون تردید مسلمانان از کتابهای حقوق روم اطلاعی نداشتند و ترجمه هیچ يك از آنها اقدام نکرده و مطلبی را متعرض نشده‌اند . چه ، اگر چنین میبود حتماً بدان اعتراف میکردند و آثاری از آن در کتابهای اسلامی دیده میشد . همانطوریکه بترجمه کتابهای یونانی و ایرانی در دانش‌های گوناگون و فلسفه و ادبیات اعتراف کرده‌اند و تأثر آن در کتابهای اسلامی و کتابهای ترجمه شده و نیز در کلمات دخیل در لغت عرب هویدا است .

علت خودداری فقیهان اسلام از مطالعه حقوق روم همانا اعتقاد استوار آنان بر الهی و کامل بودن شریعت اسلام و مبتنی بودن آن بر قرآن کریم بود ، از اینرو هر قانونی که از منبعی جز قرآن الهام گرفته باشد در نظر فقهای اسلامی مطرود و

۱- بنگرید بفصل چهارم از باب پنجم همین کتاب ، و آنرا با مقاله و . اولمان Wullmann تحت عنوان «مبایذ البینات فی القرون الوسطی» منتشره در مجله سه ماهه حقوقی *Law Quarterly Review* ، سال ۱۹۴۶ ، ص ۷۷-۷۸ ، بسنجید .

عمل بآن حرام است. وفون کریمر^۱ علی رغم ادعای خود درباره تأثیر حقوق روم در اسلام باین نکته معترف است.

علاوه بر این، اگر فقهای اسلام از فقه روم مطلع میشدند، نظریه مربوط بالزامات و عقود عمومی را که از بهترین میراث‌های حقوقی روم است از فقه مزبور نقل میکردند و کتب فقهی اسلام از چنین نظریات عمومی خالی نمی ماند.

ارتباط با قانون یهود

شریعت اسلامی چگونه از قانون روم متأثر شد و راه نفوذ آن قانون از کجا بود؟ فون کریمر با شك و تردید^۲ در پاسخ این پرسش، میگوید که این نفوذ بوسیله یهود و عادات کشورهای مفتوحه اتفاق افتاد.

پاسخ بقسمت نخست، آسان است چه بطوریکه گذشت رأی مختار اصولیان بر اینست که قاعده «شرع پیش از ما، شریعت ما نیز هست» قاعده‌ای بی ارزش و دلیلی موهوم است، از اینرو قوانین یهود در نظر مسلمانان مردود شناخته شده است مگر اینکه در مسأله‌ای، دلیلی شرعی، نص یا اجماع، موافق آن باشد.

آری برخی از پژوهندگان، از جمله آبراهام گایگر در کتاب «محمد از یهودچه گرفته است»^۳ از مشابهت‌هایی میان قانون یهود و اسلام در پاره‌ای از مسائل، مانند عده و مدت رضاع یاد کرده است ولی این همانندیها جزئی است و در برابر اختلافاتی که هم اکنون به آنها اشاره میشود قابل توجه بشمار نمیرود.^۴

۱- در کتاب خود، ص ۵۳۳-۵۳۴.

۲- Zweifelhaft. در محل یاد شده، ص ۵۳۷.

۳- Was hat Mohammed aus den Judenthume aufgenommen رجوع شود به

ترجمه آن از یونگ بعنوان *Judaism and Islam*، چاپ مدارس، ۱۸۹۸، ص ۶۹-۷۰.

۴- در مورد جدائیهای دوشریعت بکتاب المقارنات و المقابلات یاد شده مراجعه شود.

مثلا در قانون یهود ازدواج با نزدیکان درجه سوم از قبیل ازدواج دائی با دخترخواهر بلامانع^۱ است ولی در اسلام بحکم آیه «حرمت علیکم امهاتکم و بناتکم و اخواتکم و عماتکم و خالاتکم و بنات الاخ و بنات الاخت...»^۲ این امر حرام است . رضاع و شیرخوارگی در قانون اسلام، بعکس قانون یهود، از موانع ازدواج است^{۳، ۴}. مثال دیگر : در شریعت روم و عبری و برخی از شرایع لاتینی مانند قانون مدنی فرانسه، وارث باید کلیه بدهی های مرده را بپردازد اگر چه بیش از میزان ترکه او باشد ولی در قانون اسلام و برخی از قوانین تازه مانند قانون انگلستان و آلمان چنین اجبار و الزامی در میان نیست^۵.

۱- به آنچه در فرهنگستان یهودی ، *The Jewish Encyclopedia* ، زیر کلمه زواج نوشته شده و به فرهنگ تورات از هاستینگ (*Hasting's Dictionary of the Bible*) ، رجوع شود و نیز بماده ۲۲ از قانون خانواده عثمانی صادره ۲۵ تشرین اول سال ۱۳۳۳ ، و کتاب احکام اجتماعی قرآن از روبرتس (لندن، ۱۹۲۵، ص ۱۴) *Robert's Social laws of the Quran* و عهد قدیم در کتاب مقدس در سفر لادیان ۸ (۷-۱۷) و ۲۰ (۱۱-۲۱) ، و در سفر تثنیه ۲۲ (۳۰) و ۲۷ (۲۰ و ۲۲-۲۳) ، مراجعه شود . آنجا که ازدواجهای ممنوع را نقل میکند و متعرض حرمت ازدواج با دختر خواهر و دختر برادر نمیشود .

۲- سوره نساء (۴) ۲۳.

۳- بقانون خانواده عثمانی ماده ۱۸ و ۲۶ نگاه کنید .

۴- دنباله همان آیه از سوره نساء که میگوید «و امهاتکم اللاتی ارضعنکم و اخواتکم من الرضاعة» و حدیث های نبوی «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» و «الرضاع لحمه کالحمة النسب» حاکی از تحریم ازدواج با خویشان رضاعی بوده و قانون مدنی ایران هم براین منوال است . برای دانستن کیفیت آن بکتاب فقه شیعه رجوع شود . مترجم

۵- کتاب شهر قدیم دوکولائز (ص ۷۷) ، و کتاب المقابلات والمقارنات (ماده ۳۳۱) و الفتاوی الخیریه (ج ۲، ص ۶۴ و ۷۳).

عادات رومی در کشورهای مفتوحه

اصولاً تأثیر این عادات در شرع اسلامی جای نظر و تحقیق است. چه ثابت است که منبع اساسی شریعت اسلام نص‌های کتاب و سنت است که بوسیله پیامبر از راه وحی در دوران نخستین قانونگذاری به مسلمانان رسیده است. در آن هنگام هنوز اسلام از شبه جزیره عربستان پافراتر ننهاد و با فرهنگ روم تماس نیافته بود و رومیان نیز از قدیم در کوششهای خود برای دست یافتن بر شبه جزیره مزبور همیشه باشکست روبرو بودند.

ولی چون فتوحات اسلامی گسترش یافت و مسلمانان بکشورهائی مانند مصر و شام که فرمانبردار روم بودند دست یافتند، حقوقدانان و دادرسان اسلامی عادات جاری این کشورها را بر اصول شرع عرضه کردند و آنچه را که با نصوص و مقاصد و مصالح شرع سازگار بود از طریق اجماع و استحسان و مصلحت و سایر ادله تفصیلی شرعی پذیرفتند و هر آنچه مخالف با شرع بود بدور افکندند.

البته بدین نکته نیز باید توجه کرد که عادات این سرزمینها هم ویژه روم نبود بلکه شامل عادات بازرگانی همه ملل قدیم خصوصاً مردم دریای مدیترانه بود و رومیان خود نیز از این عادات متأثر شده و آنها را بنام «قانون قبیله‌ها»^۱، بمنظور جدا ساختن این قبیل قوانین از قانون اصلی روم که بنام «قانون اهلی یا مدنی»^۲ نامیده میشد، در قوانین خود وارد کردند.

بهر حال فقه اسلامی کلیه عاداتهای بازرگانی آن زمان را تصویب نکرد بلکه تنها به برخی از عادات کشورهای که زیر پرچم اسلام در آمده بودند توجه نمود. و همچنین میدانیم که برخی از این کشورها مانند عراق و فارس و ترکستان و غیره

۱- *Jus gentium*. بمقدمه بلوک بر کتاب ماین، ص ۱۲ رجوع شود.

۲- *Jus civile*.

پیرو دولت روم نبودند . مثلاً خواهیم دید که چگونه عرف اهل بلخ و بخارا سبب جواز بیع وفا در مذهب حنفی شد .

و نیز باید بدین نکته توجه کرد که ملتها نیز مانند افراد نمی توانند تنها زندگی کنند و ناگزیرند باهم در بازار گانی و اقتصاد تشریک مساعی نمایند و در فرهنگ و تعلیم و تربیت و عادات بایکدیگر ارتباط پیدا کنند و تقلید بین ملتها مانند تقلید میان افراد ، عامل اساسی زندگی اقتصادی و اجتماعی شمرده میشود و حوادث تاریخی در تطور مدنیت و پیشرفت آنها تأثیر بسزائی دارد و پیشرفتهای تاریخی اسلامی از این نظام بیرون نبود ، زیرا همین پیشرفتهای علت برخورد و آمیزش فرهنگ اسلامی با فرهنگ های کشورهای مفتوحه شد و این جریان بدون تردید تأثیر و تأثر متقابل داشت .

خلاصه

همانندی میان دو قانون اسلام و روم در برابر موارد افتراق آنها ، بسیار اندک و ناچیز مینماید و یک چنین همانندی براین دلالت نمی کند که اسلام از قانون روم متأثر شده است .

و از طرفی برخورد فقیهان اسلام با قانون روم برخوردی منفی بود ، و روح قانون الهی اسلام باعث آن بشمار میرفت . عادات و عرفائی را هم که فقهای اسلام از کشورهای پیرو روم پذیرفتند در صورتی بود که تناقضی بانصوص و مبادی اصولی اسلام نداشت و از اینرو به قانونگذاری اسلام راه یافت .

بهر حال آن عرفها هم ویژه مردم روم نبود . بلکه عادات بازرگانی متداول و شناخته شده نزد اعراب و دیگر مردمان دریای متوسط بود و رومیان خود از آن عادت متأثر شده بودند و پیش از مسلمانان آنها را در قانون خود وارد کرده و جای داده بودند . همانطوریکه اسلام مقداری از عادات بیگانگان را پذیرفت ، آثاری هم از

خود بتمدنیت‌های تازه ارزانی داشت.

براستی که قطع نظر از این تأثیر اندك ، اسلام شریعتی است مستقل وقائم بذات ودر اصول و تاریخ تمدن ارزنده خود دارای موجودیت مستقلی است . نمایندگان ازهر در کنفرانس بین‌المللی قانون منعقد در لاهه بسال ۱۹۳۷ موفق شدند کنفرانس مزبور را بقبول این حقیقت وادارند .^۱

۱- رجوع شود به نشریه سه ماهه جمعیت قانونگذاری تطبیقی سال ۱۹۳۷ ، صفحه

باب پنجم

پاره‌ای از قاعده‌های کلی

فصل اول

مهلوهات عمومی

قاعده کلی

در باب گذشته مبتنی بودن قوانین بر مقاصد و مصالح مورد بررسی قرار گرفت و نیز از دگرگون شدن قانون با دگرگون شدن زمان و مکان و از تأثیر این تغییرات در نصوص شرعی مطلع شدیم . و همچنین دانستیم که غالباً احکامی در معرض تغییر و تعدیل قرار میگیرند که مربوط به جزئیات باشند . ولی دسته دیگری از احکام بنام قواعد کلی و عمومی از تغییرات ناشی از اختلاف زمان و مکان و اوضاع متأثر نمیشوند . بعنوان مثال میتوان حرمت قتل ناحق و حرمت اکل مال مردم بباطل و تحریم زنا و غیره را یادآور شد و بقول شاطبی « این قواعد جاودانی هستند و اجتماع و مصالح مردم بر اینها پایه گذاری شده است و شرایع نیز برای تأیید این قواعد پدید آمدند و این احکام کلی تا زمین و هر که بر آنست باقی و پایدار هستند ، همچنان باقی خواهند ماند »^۱ .

سخن میگوید.

و اما حقوق داخلی نیز به عمومی و خصوصی تقسیم میگردد. حقوق داخلی عمومی در علائق و بستگی های دولت و فرد بحث میکند که شامل حقوق اساسی و اداری و قانون کیفر همگانی است که اولی در اساس تشکیل دولت و دومی در تکالیف تفصیلی دولت و بستگی های آن با افراد ملت و سومی در تعیین مجازات کسانی که آسایش و امنیت عمومی را برهم میزنند سخن میگوید و قسم اخیر بنا بر اجتماع دانشمندان فرانسه و رأی حقوقدانان بزرگ انگلیسی بلحاظ علاقه دولت و حق عموم از دسته حقوق عمومی شمرده شده است^۱.

حقوق داخلی خصوصی در روابط افراد يك ملت بحث میکند که اهم اقسام آن قانون مدنی و قانون تجارت و آئین دادرسی مدنی است که اولی بر حقوق ماهوی و احکام احوال شخص و اموال و حقوق عینی و دینی و دومی بر امور و معاملات بازرگانی و سومی بر طرق تقدیم دادخواست و طرح دعوی و ترافع و دادرسی و رأی دادگاهها مشتمل است و قوانین دیگری مانند قانون کار و کشاورزی و غیره نیز در زمره این نوع از حقوق بشمار میروند.

تقریباً تقسیمات قوانین جدید بدین ترتیب است و رویه هر فرقه تقسیمی عملی و مفید است. و از برخی جهات مانند بخشهای فقه اسلامی است.

۱- برخی از علماء انگلیسی با این رأی مخالفند و قانون جزاء را جزء حقوق خصوصی شمرده اند مانند اوستن (در *Jurisprudence, student's ...* ص ۳۶۷) و سالموند (در کتاب علم حقوق *Jurisprudence* چاپ لندن، ۱۹۲۴، ص ۵۴۴).

این قواعد عمومی بر مبادی نخستین و جاودانی مانند عدل مطلق و خیر حقیقی پایه گذاری شده است و پیشینیان آنها را قوانین آسمانی یا طبیعی یا همیشگی^۱ می نامیدند . و پیش از مسلمانان ارسطو و دیگر فلاسفه یونان و سیسرون و گایوس و ژوستینین^۲ همچنین پس از آنان دانشمندان فرانسه و انگلستان و آلمان در این خصوص داد سخن داده و جملگی بر آنند که این قوانین کلی وابدی «قانون قانونها»^۳ و «نافذ در تمام کشورها و میان همه مردمان در همه زمانهاست»^۴.

لازمه عمومی بودن این قواعد این است که در جمیع شرایع یکسان و همانند باشند و این قواعد چه در قوانین قدیم و قانون روم و شریعت اسلام و چه در قوانین تازه اروپا یکسان و همانند جلوه گری کنند .

البته این جلوه گری یکسان و یگانه در قوانین، مربوط به جوامعی است که بپایه ای بلند از مدنیت رسیده و از وضع ابتدائی و مراحل نخستین تمدن، پافرا تر نهاده اند .

و نیز همانندی در قواعد کلی میان کشورها و ملت های گوناگون به بود و نبود مبادلات و روابط آن کشورها و مردمان بستگی ندارد ، چه مبدأ عدالت حقیقتی یگانه و خردمند است و بهمین جهت است که مشابهت بین قوانین دو کشور حاکی

۱- *Lex aeterna, Jus naturale, Jus divinum.*

۲- در کتاب احکام ، کتاب اول ، ۲ (۱۱) : *Sed naturalia quidem Jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quaedam providentia constituta semper firma atque immutabilia Permanent. (Institutes, 1,2,11).*

۳- *Leges legum.*

۴- *lit is binding over all the globe, in all countries and at all times* این گفتار بلاکستون انگلیسی در شرح های اوست (*Commentaries, 1,40*).

از اقتباس یکی از دیگری نیست . این نکته را در فصل گذشته بطور روشن بیان کردیم .

اشباه و نظائر

چون احکام جزئی دارای علل و اسبابی متشابه هستند، پس باید آنها را تحت قاعده‌ای کلی درآورد . برخی از فقهای اسلام این نکته را دریافته و زیر عنوان «اشباه و نظائر» آنها را مورد بحث قرار داده‌اند .

عبارت «اشباه و نظائر» از نوشته عمر بن خطاب به ابو موسی اشعری گرفته شده است. آنجا که مینویسد: «اعرف الامثال والاشباه ، وقس الامور بنظائرها» (هماندها را بازشناس و کارها را با همانندهایشان قیاس کن)^۱. عبدالله بن قیس معروف به ابو موسی اشعری متوفی بسال ۵۲ یا ۴۲ هـ کسی است که پیامبر اسلام او را برای تعلیم قرآن به یمن فرستاد و در زمان عمر بن خطاب بدادرسی بصره و در زمان عثمان بن عفان بدادرسی کوفه منصوب شد^۲.

از معروفترین کسانی که درباره قواعد کلی یا اشباه و نظائر قلم فرسائی نموده‌اند نخست از تاج الدین سبکی شافعی و سپس از سیوطی و ابن نجیم که مطالبی از او نقل کرده‌اند میتوان نام برد . به شرح حال تاج الدین سبکی و تصنیفات مهم او قبلا اشارتی

۱- در مقدمه ابن خلدون ، ص ۱۹۲ بهمین عبارت نقل شده است. و به عبارات مختلف دیگر نیز آمده است که مشهورترین آنها : «اعرف الامثال والاشباه ، ثم قس الامور عندك ، فاعمد الی احبها الی الله و اشبهها بالحق فیما تری» میباشد . برای اطلاع از منابع این نامه با عبارات گوناگون به منابع فصل اجتهاد ، (فصل هفتم از باب سوم همین کتاب) مراجعه شود .
۲- ابن خلکان (ج ۱ ، ص ۲۴۳) ، و طبقات الفقهاء شیرازی (بغداد ، ۱۳۵۵ هـ ،

رفت و اینک بطور خلاصه به ترجمه و شرح حال این دو نفر اخیر الذکر میپردازیم .
 جلال الدین سیوطی یا اسیوطی ، عبدالرحمن بن کمال بن محمد از شهرستان
 اسیوط بود که در سال ۸۴۹ هـ دیده بجهان گشود و در سال ۹۱۱ هـ چشم از جهان
 بیست . سیوطی شافعی مذهب بود و از علم و دانش بهره فراوانی داشت و در تفسیر و
 قرائت قرآن و حدیث و علوم و وابسته بدان و نیز در علوم فقه و اصول و لغت و تاریخ و
 ادب و تصوف آثار و تألیفات فراوانی از خود بیادگار گذاشت .

مشهورترین آنها عبارتند از : الاتقان فی علوم القرآن ، و لباب النقول فی
 اسباب النزول ، و تکملة تفسیر الجلالین که توسط جلال الدین محلی آغاز شده بوده
 و تنویر الحوالک در شرح موطأ مالک ، و اسعاف المبطأ برجال الموطأ ، و الحاشیة
 علی تفسیر البیضاوی ، والنوشیح علی الجامع الصحیح ، والدیاج علی صحیح مسلم
 ابن الحجاج ، و مرقاة الصعود الی سنن ابی داود ، واللآلیء المصنوعة فی الاحادیث
 الموضوعه ، و شرح نسائی و سنن ابن ماجه ، و مختصر التنبیه ، و مختصر الروضة ،
 و الجامع فی الفرائض ، و مختصر احیاء علوم الدین ، و حسن المحاضرة فی اخبار مصر
 و القاهرة ، و جمع الجوامع یا الجامع الکبیر ، و الجامع الصغیر ، و غیره ^۱ .

کتاب سیوطی در باب قواعد کلی ، الاشباه والنظائر نام دارد که معظم قاعده های
 عمومی در آن جمع آوری شده است .

پس از سیوطی ، زین العابدین بن ابراهیم بن نجیم حنفی معروف به ابن نجیم
 که بسال ۹۷۰ هـ فوت کرده و در فقه حنفی دارای تألیفات معتبری از قبیل کتاب
 البحر الرائق در شرح کنز الدقائق است . کتاب دیگری در الاشباه و النظائر تألیف
 کرد . کتاب اخیر در ترتیب و تبویب و قسمت زیادی از محتویاتش از کتاب سیوطی

۱- شرح حال سیوطی و فهرست مصنفات او در کتابی از سیوطی بنام حسن المحاضرة،

گرفته شده است ، ولی چون نویسنده حنفی مذهب است مطالب کتاب فوق را بر حسب مذهب حنفی تنقیح کرده است . و احمد بن محمد حموی فقیه قرن یازدهم هجری شرحی بر این کتاب بنام « غمز عیون البصائر »^۱ تألیف کرده است .

سپس ابوسعید خادمی بسیاری از قواعد کلی را در آخر کتاب خود « مجامع الحقائق » که بطور ایجاز در علم اصول نوشته است ، گردآوری کرد . و مصطفی محمد الکوزالحصاری شرحی بر آن کتاب بنام « منافع الدقائق » برشته تحریر درآورد .

تعریف قواعد کلی و فائده آن

فقها قاعده کلی را چنین تعریف کرده اند که « حکمی است کلی که بر تمام جزئیاتش منطبق باشد »^۲ . بنابراین اصطلاح « قاعده » با اصطلاح « ضابط » یکی نیست . چه قاعده جامع فروعیست از باب های پراکنده و لای ضابط شامل فروعیست در یک باب .

از ماده دوم تا صدم مجله احکام عدلیه نود و نه قاعده کلی مندرج است که معظم آنها از کتاب الاشباه و النظائر ابن نجیم و برخی از کتاب المجامع و دیگر کتب حنفی گرفته شده است .

ماده اول مجله احکام عدلیه سبب جمع آوری قواعد کلی و فائده آنها را بدین شرح بیان میدارد : « محققین از فقها مسأله ای فقهی را بر قواعدی کلی ارجاع میکنند که هر قاعده ضابط و جامع مسائل فراوانی است . این قواعد که در کتب فقه معتبر و مسلم شمرده شده است در حقیقت ادله اثبات مسائل میباشد و آشنائی بدانها در آغاز

۱- در دو جلد ، سال ۱۲۹۰ هـ ، در دارالطباعة العامرة بچاپ رسیده است .

۲- الاشباه از سیوطی (ص ۵) ، والمنافع شرح المجامع (ص ۳۰۵) .

کار موجب آشنائی به مسائل و جایگزین شدن آنها در ذهن می‌گردد. بنابراین نود و نه قاعدهٔ فقهی^۱ گردآوری شد... هرچند برخی از این قواعد ممکن است استثناء پذیر باشند ولی آنچنان نیست که کلیت و عمومیت این قواعد را، بطور کلی و رویه‌مرفته، مختل سازند زیرا برخی از این قواعد دیگری را تخصیص می‌دهد یا تقیید میکند.

بعبارت دیگر قواعد کلی همان اصول عمومی است که بیشتر جزئیات را در بر می‌گیرد و بنای آن بر اغلیت نهاده شده است. گرچه ممکن است - چنانکه خواهیم دید - برخی از قواعد دارای مستثنیات و تقییداتی نیز باشند ولی این استثناء و تقیید صفت عمومیت را از قاعدهٔ کلی سلب نمی‌کند.

علاوه بر اینها، برخی از قاعده‌های کلی ناقص و یا بصورت مطلق بیان شده است و بشکمل یا تقیید نیازمند است. چند نمونه از این قواعد ذیلا آورده می‌شود:

۱- قاعدهٔ «الجواز الشرعی ینافی الضمان»، (جواز شرعی ایجاد ضمان نمی‌کند). بنا با استحسان^۲ که در مذهب حنفی شده این قاعده با افزودن عبارت «جز در مورد ایجاد ضرر فاحش»^۲ تکمیل می‌گردد.

۲- قاعدهٔ «لایجوز لاحد ان یتصرف فی ملک الغیر بلا اذنه»، (تصرف در مال

۱- استاد محترم آقای محمود شهابی نیز با تأسی از دانشمندان شیعه قاعدهٔ کلی را بنوان قاعدهٔ فقهی اصطلاح نموده و فرق آنرا با مسألهٔ فقهی چنین بیان داشته اند: مسألهٔ فقهی قضیایست که موضوع آن فعل خاص یا ذات خاص و محمول آن حکم واقعی اولی می‌باشد. وقاعدهٔ فقهی قضیایست که موضوع آن افعال یا ذوات متعدد است و محمولش ممکن است حکم واقعی اولی یا حکم واقعی ثانوی و یا حکم ظاهری باشد. رجوع شود به کتاب قواعد فقه از محمود شهابی، چاپ دانشگاه تهران. مترجم

۲- النظرية العامة للموجبات والعقود فی الشريعة الاسلامیة، ج ۱، ص ۴۸.

دیگری بدون اجازه او جائز نیست) که عبارت «یا بدون ولایت»^۱ را باید بر آن افزود.

۳- قاعده «لاینگر تغییر الاحکام بتغیر الازمان»، (تغییر قانون با تغییر زمان انکار پذیر نیست) که ناقص بوده و باید عبارت «و مکان و اوضاع»^۲ را نیز بر آن اضافه کرد.

اما فوائد این قواعد کلی، بنظر مجله مزبور، تسهیل و آسان کردن فهم مسائل و مبادیست، بنا بر این دادرس نمیتواند در رأی خود بدانها استناد کند مگر اینکه نصی صریح از احادیث نبوی مؤید آن باشد مثل «البینه علی المدعی والیمین علی من انکر»، و یا منقول از کتابهای معتبر فقهی حنفی باشد و در گزارش جمعیت نویسندگان مجله به صدر اعظم چنین آمده است: «حا کمان شرع باستناد هیچیک از این قواعد حکم نمیکند مگر اینکه بر نصی صریح واقف گردند».

باید گفت، که این قواعد عمومی دارای عباراتی رسا و ترکیباتی محکم بوده و در معنی و صراحت بقواعد کلی و امثال قانونی معروف غربی مینمایند و ما در باب خود معادل هر يك از این امثال قانونی را برای اتمام فائده نقل خواهیم کرد. وجود این نوع از شباهت را در غالب قواعد کلی میتوان فرض کرد و علت آن قبلا بیان شده است.

پاره‌ای از این قواعد را در باب قیاس و اجتهاد و تحول قوانین بیان کردیم و در این باب برخی دیگر از این قواعد را نقل میکنیم چون بنای ما بر این است که اگر در فصلی از این کتاب اشاره به مطلبی دیگر لازم باشد و یا مطلبی علی

۱- کتاب النظرية العامة، ص ۵۶-۵۷.

۲- مراجعه شود به فصل تغییر قوانین از این کتاب (فصل اول از باب چهارم).

یکسان و یا همانند داشته باشد ، همه را در یکجا نقل کرده و بقیه مطالب را در بخشهای مناسب بیان کنیم .

بدین ترتیب ، فهم قواعد عمومی و نیز فهم شرائط و مستثنیات و آنچه مایه تقیید قواعد عمومی میگردد ، آسان میشود . زیرا اگر هر ماده ای را به تنهایی مورد بررسی قرار دهیم ناچار خواهیم شد که بسیاری از مطالب را تکرار کنیم .

فصل دوم

ضرورت و ایازمندی

هرسختی آسانی می‌آورد^۱

احکام شرعی عمومیت دارد و بحالتی از حالات یا فردی مخصوص از افراد توجه ندارد بلکه به کلیه افراد و حالات ناظر است .

ولی همین صفت عمومیت بهنگام تطبیق حکم با مصادیق خود گاهی مایه حرج می‌گردد و از افراط در تمسک بقانون موجبات زیان و ستم را فراهم می‌سازد و یا بگفتار غزالی «هر آنچه از اندازه‌اش بیرون رود به ضد خود بر می‌گردد»^۲ بنا بر این باید راه حلی جستجو کرد . از اینرو مراعات نکردن قوانین کلی در موارد استثنائی برای رفع زیان و دفع مشقت است .

فقهاء حنفی در این موارد به استحسان و مالکی‌ها به مصالح مرسله متوسل شده‌اند . و عده‌ای از دانشمندان اصول در مقام معارضه بر آمده و اینگونه مصلحت

۱- المشقة تجلب التيسير .

۲- بنقل سیوطی در اشباه (ص ۵۹) . و بهمین مضمون در امثال لاتینی چنین آمده

است «انتهای عدالت انتهای ظلم است» ، *Summum Jus Summa injuria* .

جوئی‌ها را که به عبارت غزالی به استصلاح تعبیر شده است، مردود شمرده‌اند ولی جمهور فقیهان آنرا پذیرفته و کتاب و سنت و پیشینه‌های عمر بن خطاب را مستند قرار داده‌اند. چون در فصل‌های گذشته قسمت زیادی از این ادله را بیان کرده‌ایم، نیازی به تکرار آن نیست بلکه علاوه بر آنچه که گذشت دلایل تازه‌ای از این قبیل اقامه می‌کنیم.

آیه کریمه: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» و «فَمَنْ اضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ»^۱ و حدیث شریف: «الدین یسر» احب الدین عند الله الحنیفة السمحة، (دین آسانی و سهولت است. پسندیده‌ترین دین نزد خداوند دین خفیف سهل و آسان است)^۲. گرچه در این احادیث به دین اشاره شده است، با وجود این باز دلیلی فقهی بشمار میرود، زیرا همانطوریکه دیدیم فقه اسلام مشتمل بر دین و حقوق است.

همچنین بنا بر روایتی پیغمبر ﷺ بریدن دست دزدهارا در غزوه‌ها نهی فرمود و چنین گفت: «لا تقطع الایدی فی السفر»^۳، در سفر دست بریده نمیشود. با استناد به این حدیث و قیاس بر آن دانشمندان فتوی داده‌اند که در سرزمین دشمنان نباید اجرای حد کرد و یا کیفر داد، مبادا بزه کاران به دشمنان بپیوندند.

بنا بر این قاعده کلی «مشقت و سختی آسانی بدنبال دارد» را بنا نهادند. این قاعده یکی از چهار قاعده‌ایست که قاضی حسین پایه‌های فقه را بر آنها استوار دانسته

۱- در فصول مربوط به استحسان و مصالح مرسله و تحول قوانین.

۲- سوره حج (۲۲) ۷۸ و نحل (۱۶) ۱۱۵.

۳- بخاری و شرح آن از عینی، ج ۱، ص ۲۳۴-۲۳۵.

۴- ابو داود در سنن خود، در کتاب حدود، ج ۴، ص ۱۴۲ این حدیث را روایت

است.^۱ و واژه «تیسیر» در این قاعده بمعنی رخصت، یا تخفیفی شرعی است، «بصورت استثناء بر قاعده کلی»، بعلمت مشقتی که در اجرای آن پدید می آید. و مشقت در صورت اضطرار و نیازمندی است نه احتیاج به امور کمالی.

حالت اضطرار یا ضرورت بنظر علمای اصول حالتی است که شخص برای صیانت دین یا جان یا مال یا عقل و یا اولاد خود بدان پناه برد، و احتیاج آنست که برای روبراه شدن زندگی لازم باشد. ولی کمالیات در آراستن و زیبا کردن امور بکار میروند.

بادر نظر گرفتن این قاعده ماده ۱۷ مجله میگوید: «سختی آسانی بدنبال دارد. یعنی دشوار بودن مایه تسهیل میگردد، و بهنگام تنگی، توسع جایز میگردد. بسیاری از احکام فقهی مانند قرض و حواله و حجر و غیره از این اصل متفرع شده است. و آسانگیریهائی که فقها در شریعت قائل شده اند بر این قاعده استوار است». ماده ۱۸ مجله همچنین میافزاید: «هر گاه کاری با سختی و تنگی روبرو شود و مایه مشقت گردد، مجاز میشود، و این گفتار از شافعی است «إذا ضاق الأمر اتسع» و فقیهان عکس آنرا نیز تصور کرده و گفته اند: «هر امر بفراخی منجر شود، به تنگی و فشار بر میگردد».^۲

ضرورتها موانع قانونی را از میان میبرند

غزالی میگوید «کلیه مجرمات بهنگام ضرورت مباح میگردد»^۳ و ماده ۲۱

۵- جمع الجوامع با شرح محلی وحاشیه آن از بنانی، ج ۲، ص ۳۷۳.

۲- الاشباه، از سیوطی، ص ۵۹.

۳- الوجیز، ج ۲، ص ۲۱۶.

باب دوم

نظری بتاریخ

مجله این قاعده کلی را از الاشباء و النظائر چنین^۱ نقل میکند که: « ضرورت‌ها موانع قانونی را از میان میبرد »^۲ و بهمین معنی قاعده‌ایست در حقوق لاتین که میگوید: « ضرورت را قانونی نیست »^۳.

از جمله مصادیق این قاعده معاذیری است که تکالیف قانونی را ساقط میکند، مانند صغر سن و جنون^۴ و مرض و اکراه و نسیان و جهل که فقها این عذر ها را در کتابهای اصول فقه بصورت خاصی مورد بررسی قرار داده‌اند و ما برخی از احکام مربوط به این موضوع را در کتاب دیگر خود بنام « النظرية العامة للموجبات والعقود فی الشريعة الاسلامیة »^۵ در باب اهلیت تعاقد یادآوری خواهیم کرد.

از مصادیق دیگر این قاعده اباحه شرب خمر بر تشنه و نیز با اجازه عده‌ای از فقیهان نوشیدن آن بعنوان دارو است^۶ و همچنین است خوردن گوشت میته برای گرسنه.

یکی دیگر از مصادیق این قاعده به هنگام عسر و تنگدستی و « گرفتاریهای عمومی » است. مثلاً اگر ثابت شود که بدهکار در فشار مالی و معسر است، باستاناد آیه کریمه «وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة»^۷ جایز است که قرار پرداخت بدهی

۱- از سیوطی (ص ۶۰) و از ابن نجیم (ص ۳۴).

۲- الضرورات تبیح المحظورات.

۳- الضرورة لا قانون لها *Necessitas non habet Legem*.

۴- در صغر سن و جنون اساساً تکلیفی نیست تا ساقط شود، می‌توان گفت که نظر نویسندگان این بوده که بلحاظ ضرورت، تکلیف قانونی متوجه صغیر و مجنون نشده است. مترجم

۵- ج ۲، ص ۱۰۰ ببعد.

۷- بداية المجتهد، ص ۳۸۱.

۸- سوره بقره (۲) ۲۸. و فعل «كان» در اینجا تام است بمعنی وقع و حدث. و برخی*

او بصورت اقساط صادر گردد و این امر در قانون موجبات لبنان «اعطاء مهلت»^۱ نامیده شده است. و بموجب ماده ۴۸۰ مجله اگر کسی زورقی را برای مدت معینی اجاره کند و بهنگام پایان مدت، آن کرجی در میان دریا باشد مدت اجاره ضرورتاً خود بخود تجدید میشود تا کرجی بکرانه برسد و نمی‌توان مستأجر را مجبور کرد که پیش از رسیدن بکرانه زورق را تحویل بدهد.

از آثار دیگر این قاعده تجویز برخی از معاملات و مسائلی است که مردم در زندگی اقتصادی خود بآنها نیازمندند و مجله در ماده ۳۲ از الاشباه و النظائر^۲ چنین نقل میکند: «احتیاج در حکم ضرورت است خواه عمومی باشد یا خصوصی و تجویز بیع وفا از این قبیل است. هنگامیکه بدهکاری مردم در بخارا فزونی یافت نیاز بدان محسوس گردید و بطوریکه دیدیم، احتیاج اجتماعی، بیع وفا را بمنظور گریز از قانون تحریم ربا بوجود آورد.

محدودیت‌های این قاعده

آری ضرورت‌ها موانع قانونی را از میان می‌برند ولی این قاعده مطلق نیست بلکه سه عامل نص و اندازه و زمان هر يك محدودیتی برای این قاعده فراهم کرده است که ذیلاً برخی از موارد آن با ذکر مواد کلی و مثالهای لازم برای روشن کردن موضوع، آورده می‌شود:

اول - قید با نص

* آنرا فعل ناقص و خبرش را محذوف دانسته‌اند و بتقدیر «وان كان ذو عسرة غريمالكم، رجوع كنيد به تفسیر فخر رازی، ج ۲، ص ۳۶۰.

۱- در ماده ۱۱۵ آن قانون، بنقل از تعبیر فرانسوی: *Terme de grâce*.

۲- از سیوطی (ص ۶۲)، و از ابن نجیم (ص ۳۶).

ابن نجیم میگوید: «سختی و حرج در جائی معتبر است که نص وجود ندارد»^۱
ابوحنیفه و محمد بن حسن شیبانی هم بر همین عقیده اند ولی بطوریکه گذشت ابویوسف
و سایرین بر خلاف آنند.^۲

دوم - قید با اندازه

مجله در ماده ۲۲ میگوید: «ضرورت‌ها اندازه دارند» و بطوریکه درالمجامع
والاشباه^۳ منقول است صحیحتر اینست که گفته شود: «آنچه بواسطه ضرورت مباح
میشود اندازه دارد». زیرا آنچه که اندازه گرفته میشود، ضرورت نیست بلکه چیزی
است که بسبب ضرورت مباح شده است. و مجله در ماده ۳۱ بدینمعنی صراحت دارد:
«الضرر يدفع بقدر الامکان»، (ضرر را بقدر امکان باید دفع کرد)^۴. تمام این
گفتگوها چنین می‌رساند که ضرورت حالتی نادر و استثنائی است و در تفسیر آن باید
سخت گیری و دقت کرد. پس اباحه‌ای که بسبب ضرورت ایجاد میگردد، مطلق نیست
بلکه باندازه لازم برای رفع دشواری است. مثلاً درجائی که دزدی رواست دزدی یک
کرده‌نمان برای گرسنه پڑمان رواست نه دزدی دارائی کلان. بهمین جهت جمهور
فقیهان خوردن گوشت حیوان مرده را برای گرسنه باندازه‌ای که رمقی بگیرد^۵، جائز

۱- الاشباه والنظائر، ص ۳۳.

۲- در فصل تغییر قوانین.

۳- از سیوطی (ص ۶۰) و از ابن نجیم (ص ۳۴) و شرح المجامع (ص ۳۳۱) و در
المجامع لفظ دیگری نیز نقل شده است: «الثابت بالضرورة يقدر بقدره»، (رجوع شود به
المنافع، ص ۳۱۸).

۴- این قاعده درالمجامع (المنافع، ص ۳۲۳)، بلفظ «الضرر مدفوع بقدر الامکان»
آمده است.

۵- در مذهب شیعه هم قول مشهور بر جواز تا سرحد رمق است. مترجم

دانسته‌اند بخلاف امام مالک که در این مورد استفاده از گوشت میته را تا حدسیرشدن جائز دانسته و حتی بنظر او میتوان از آن توشه نیز برگرفت تا چیز دیگری را بدست آورد^۱.

سوم - قید زمان

اباحه ناشی از ضرورت^۲ استثنائی است و تا زمانی که عذر و حالت اضطرار باقی باشد، این حکم نیز باقی و پایدار است و چون آن حالت بر طرف شود رخصت که حکمی استثنائی است^۳، نیز از میان میرود و کار بقاعده اصلی برمیگردد. بهمین معنی در دو کتاب الاشباه والنظائر و المجموع^۴ و همچنین درمجله چنین آمده است: «آنچه به عذر جائز میشود با زوال عذر جواز آن منتفی میگردد» پس هر گاه مانع زائل شد، حکم حرمت باز میگردد، (ماده‌های ۲۳ و ۲۴)^۵ و از موارد تطبیقهای این قاعده علمی این است که بموجب آن وقتی علت متوقف شد نتیجه نیز متوقف میگردد^۶.

مثلا اگر کسی بسبب دیوانگی مجبور گردد با رفع جنون و باز یافتن عقل حکم حجر نیز برطرف میگردد و یا اگر مادری بابیگانه (نامحرم) زناشوئی کند، حق حضانت وی از فرزندان صغیرش ساقط میشود لیکن بمحض آنکه این زناشوئی

۱- بداية المجتهد، ج ۱، ص ۳۸۱-۳۸۲.

۲- الاشباه و النظائر از سیوطی، (ص ۶۱) و از ابن نجیم (ص ۳۴) و المنافع (ص ۳۱۱).

۳- ما جاز لعذر بطل بزواله و اذال المانع عاد الممنوع - هر چه بعلت وجود عذری جائز شود با زوال عذر جواز آن نیز منتفی می‌شود و چون مانع از بین برود بحالت ممنوعیت سابق برمیگردد.

۴- در مثل لاتینی چنین آمده است: *Cessante causa cessat effectus*.

فسخ گردد با زوال مانع حق حضانت نیز دوباره بر می گردد^۱.

مسأله ضمان

آیا با توسل بقاعده اضطرار میتوان از جبران حقوق از دست رفته دیگران شانه خالی کرد؟ مثلاً اگر گرسنه‌ای در حال اضطرار خوراکی دیگری را بخورد، ضامن ارزش آن نیز خواهد بود؟

در مذهب حنفی و برخی از مذاهب دیگر این امر ضمان آور است^۲ و قاعده کلی منقول در المجمع^۳ و مجله نیز بر این جاریست: «اضطرار حق دیگری را ابطال نمیکند و اگر کسی از شدت گرسنگی خوراکی دیگری را بخورد ضمان بهای آن فرع بر این قاعده است»، (ماده ۳۳) ولی بموجب یکی از دو قول منقول از امام مالک و احمد بن حنبل ضمان آور نیست و کسی که از روی گرسنگی مال دیگری را بخورد ضامن بهای آن نیست، زیرا «مساوات و احیای نفوس، بشرط قدرت و توانائی واجب است»^۴.

همچنین بموجب ماده ۹۱۹ مجله چنانچه در جائی آتش سوزی پدید آید، و کسی خانه همسایه را برای جلو گیری از نفوذ آتش به خانه خود، خراب کند ضامن ارزش خانه همسایه است مگر اینکه این اقدام او به دستور دولت باشد. و بموجب

۱- المختار و شرح آن الاختیار از موصلی (ج ۱، ص ۲۵۱)، و البحر (ج ۴، ص ۱۶۷) و رد المحتار (ج ۲، ص ۸۷۲).

۲- قول جمهور دانشمندان حقوق شیعه امامیه نیز دائر بر ضمان است. مترجم

۳- المنافع، ص ۳۱۲.

۴- اعلام الموقعین، (ج ۳، ص ۸)، والفروق از قرافی (ج ۴، ص ۹).

ماده ۴۸۰ اگر مدت اجاره کرجی بعالت ضرورت تمدید شود ، برای مدت زائد اجرت المثل باید پرداخت شود .

همچنین در مورد کشتن حیوانی که به انسانی حمله‌ور می‌شود ، بمنظور رفع گزند از او ، اختلاف نظر وجود دارد . مذهب حنفی کشته را ضامن قیمت دانسته است ولی مذاهب دیگر برخلاف آن رفته‌اند و استنادشان بقاعده‌ای است که ابن رجب آنرا بدین مضمون تشریح کرده است : «هر کس چیزی را برای دفع ضرر مستقیم آن از خود تلف کند ضامن نیست ولی هر کس چیزی را برای دفع ضرر ناشی از آن تلف کند ضامن است»^۱ . و همچنین که می‌بینید در تفصیل این مسأله دقت و حکمت و عدالت کاملاً مورد نظر قرار گرفته است^۲ .

ترجیح به‌نگام تعارض مصالح

چنانچه ترخیص و اباحه ناشی از اضطرار یا نیازمندی با مصالحتی دیگر تعارض کند ، در اینصورت چه باید کرد ؟ المجامع^۳ و مجله در ماده ۲۹ چنین پاسخ می‌دهد : «یختار اهلون الشرین» ، (آنچه را زیانش کمتر است باید پذیرفت) . و این قاعده از قواعد اساسی و دارای متفرعات و نتایج فراوانی است که مهمترین آنها عبارتند از : دفع ضرر عمومی و دفع مفاسد و مقدم داشتن چیزیکه ضررش سبکتر است ، بشرح

۱- القواعد از ابن رجب (قاعده ۲۶ ، ص ۳۶) ، والمقنی (ج ۱۰ ، ص ۳۵۰-۳۵۱) .

۲- این مسائل را در کتاب خود و النظرية العامة للموجبات و العقود فی الشریعة الاسلامیة ، ج ۱ ، ص ۱۷۸-۱۷۹ بطور مفصل توضیح داده‌ایم .

۳- المنافع ، ص ۳۱۱ . از عایشه نیز بدین مضمون نقل شده است : «وما خیر رسول الله (ص) بین امرین الا اختار ایسرهما» ، (هرگاه پیغمبر میان دو کار مخیر میشد ، آسانترین آنها را می‌پذیرفت) ، و (المبسوط ، ج ۲۴ ، ص ۶۷) .

زیر :

اول - دفع ضرر عمومی

قاضیخان میگوید : «یتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام» ، (ضرر خصوصی را در برابر ضرر عمومی باید تحمل کرد) و این گفتار نخست در الاشباه والنظائر^۱ و سپس در مجله از آن نقل شده است (ماده ۲۶) .

مطابق این قاعده ، بنظر جمهور فقیهان ، دولت حق دخالت در زندگی افراد جامعه را برای حفظ مصالح عمومی دارد و از نمونه‌های این حق باز داشتن مثلا پزشك نادان از اشتغال بحرفة طبابت یا جواز خراب کردن خانه کسی بمنظور جلوگیری از پیشرفت آتش سوزی است . همچنین به هنگام نیازمندی عمومی ارزیابی اموال مورد احتکار و اجبار محکمر بفروش آنها جایز است^۲ .

دوم - دفع مفاسد

اگر میان دفع مفسده از طرفی وجلب منفعت از طرف دیگر تعارض پدید آید ، دفع مفسده مقدم است و مجله در ماده ۳۰ اعلام میدارد که : « درء المفسد اولی من جلب المنافع » ، (دفع مفاسد از جلب منافع سزاوارتر است) و بعبارت الاشباه^۳ « از جلب مصلحت‌ها سزاوارتر است » .

۱- رجوع شود به فصل الانهار از کتاب الشرب فی الفتاوی الخانیة (در حاشیه هندی ، ج ۳ ، ص ۲۴۳) و الاشباه از ابن نجیم (ص ۳۵) و بهمین معنی در مثال لاتینی آمده است : *Lex citius tolerare volt privatum damnum quam publicum malum* .

۲- دو ماده ۹۶۴ و ۹۱۹ مجله و موافقات شاطبی (ج ۲ ، ص ۳۵۰) و الفتاوی الهندیة (ج ۳ ، ص ۲۷۷) و الطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة از ابن قیم (ص ۲۲۳ و ۲۳۳ به بعد) .

۳- از سیوطی (ص ۶۲) ، و از ابن نجیم (ص ۳۶) .

در مذهب حنفی ، نظریه «سوء استفاده از حقوق» بر همین قاعده استوار است و بموجب آن هر کس در استعمال حق خود زیان فاحشی برای دیگری فراهم سازد از آن عمل بازداشته میشود ، و ما این نظریه را درمحل دیگری^۱ با بیان اختلافاتیکه در آن پیدا شده است ، بیان کرده ایم .

سوم - پذیرش زیان سبکتر

در دو ماده ۲۷ و ۲۸ مجله بنقل از الاشباه و المجامع^۲ چنین آمده است «هر گاه دو مفسده باهم تعارض کنند لازمست با ارتکاب آنچه زیانش کمتر است از عملی شدن آنچه زیانش بیشتر است جلوگیری کرد . و ضرر شدیدتر را باید با تحمل ضرر سبکتر برطرف کرد» . بهمین مناسبت هر گاه کسی در مقام دفاع از نفس مرتکب قتل گردد معذور شناخته میشود . و دفاع از نفس بر دفاع از حیوان و مال مقدم است . مثلاً جمهور فقیهان گفته اند : اگر عده ای در کشتی باشند و بیم غرق کشتی در میان باشد ، جائز است برای نجات سرنشینان آن هر آنچه مال و حیوان در کشتی است بدریا افکنند ، زیرا مفسده ناشی از نابود شدن اموال سبکتر از مفسده نابودی جانهاست . ولی درچنین حالتی جایز نیست سرنشینی را برای نجات دیگر سرنشینان به آب افکنند . چه ، همگی آنان در انسانیت برابرند و یکی را بردیگری برتری نیست^۳ .

۱- در کتاب خود والنظرية العامة للموجبات والمقود فی الشریعة الاسلامیة ، ج ۱ ،

ص ۴۵ .

۲- اشباه سیوطی (ص ۶۲) ، وابن نجیم (ص ۳۵) والمنافع (ص ۳۲۳) . بهمین معنی است

در قواعد ابن رجب (قاعده ۱۱۲ ، ص ۲۴۶) .

۳- رجوع شود به قواعد الاحکام عز بن عبدالسلام (ج ۱ ، ص ۷۰ و ۹۱) ، و الام از

شافعی (ج ۶ ، ص ۲۶) ، والمستصفی (ج ۱ ، ص ۱۴۱) ، والقوانين الفقهیه از ابن جزى

(ص ۳۳۲) ، والفروق از قرافی (ج ۴ ، ص ۹) .

به سال ۸۸۴ م. قضیه شگفت‌انگیزی در داد گسری انگلستان مطرح شد. خلاصه آن چنین بود که يك كشتی با عده‌ای از کارکنان و ملاحانش دستخوش طوفان و امواج دریا گردید. وزمانی دراز در دریاماند و هیولای گرسنگی و مرگ بسر نشینان آن روی آورد. پس برای سدجوع کم سن و سالترین فرد خودشان را که جوانی هیچده ساله بود کشتند ولی پس از مدتی نجات یافتند. کار آنان بداد گسری کشیده شد و مجرم شناخته شدند. چون ترس از مرگ بواسطه گرسنگی نمیتواند مجوز قتل^۱ باشد، دادگاه آنها را بزهکار شناخت. در قضیه‌ای نظیر^۲ آن نیز دادگاههای امریکائی چنین اجتهاد کردند.

بلحاظ همین قاعده است که، شریعت اسلام برای بخیه کردن زخم انسان یا حیوان محترم غیر مأکول اللحم استفاده از نخ غصبی را جائز دانسته و اجازه نداده است که با آن نخ جامه یا چیز دیگری را بدوزند.^۳

۱- Regina V. Dudley and Stephens, L.R. 14 Q. B. D. 273.

۲- U. S. V. Holmes (1 Wallace Junior 1).

۳- الوجیز از غزالی (ج ۱، ص ۲۱۳) و شرح آن فتح‌المزیز از دافعی (باالمجموع،

فصل سوم

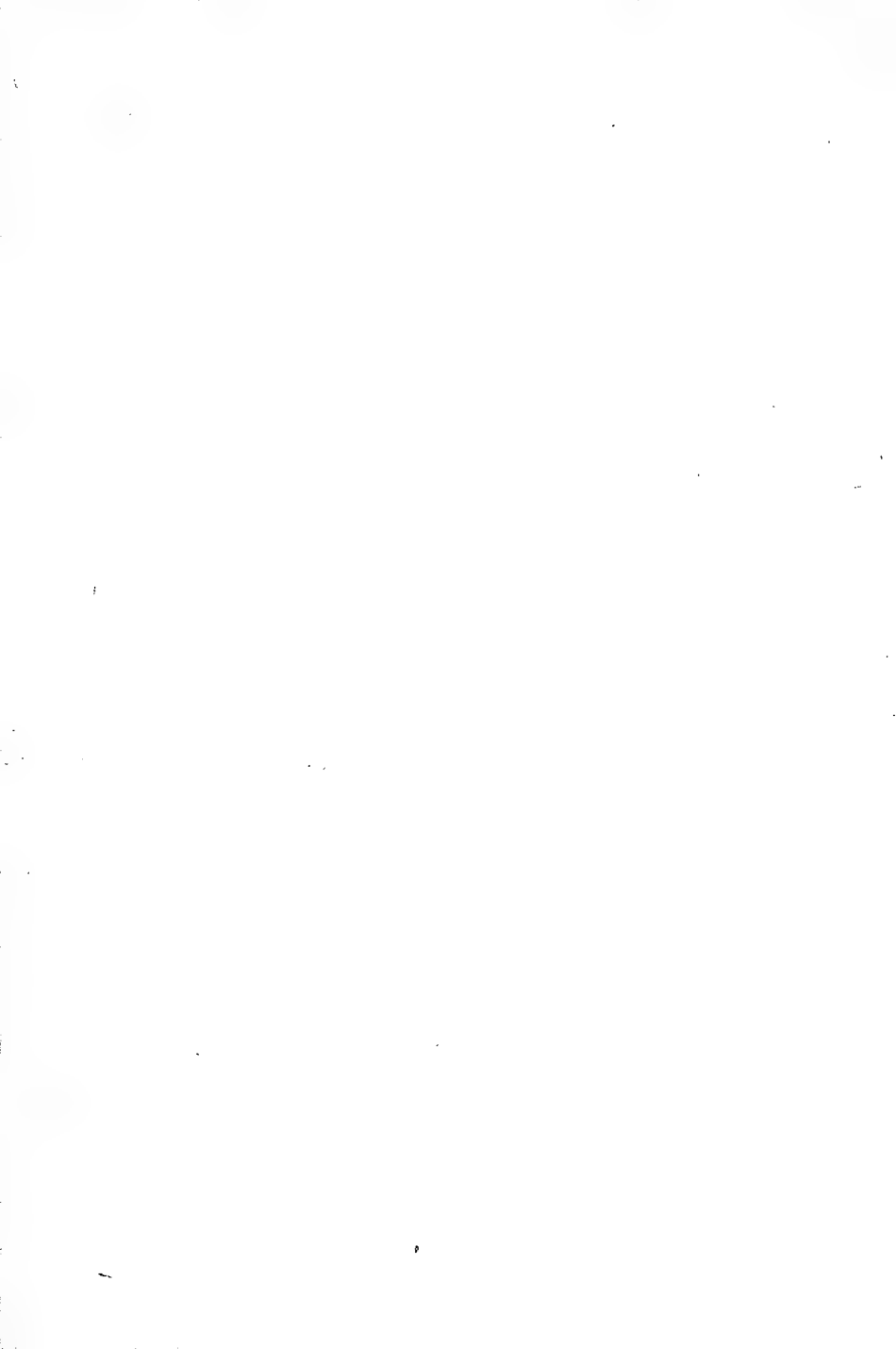
قصد در اعمال

کارها بقصد و نیت بستگی دارد

کردار انسانی ناگزیر ناشی از اراده اوست یعنی انسان در اختیار عمل خود آزاد است و اراده برای غایت و هدف و غرضی که همان قصد و نیت است ، متوجه عمل میگردد . پس قصد یا نیت اراده ای است که بعمل متوجه میشود . مثلاً اگر کسی بقصد زدن دیگری بطرف او تیر خالی کند و تیر به هدف برخورد ، تیر انداز در این صورت هم اراده تیر اندازی و هم قصد اصابت به هدف را داشته است .

در روانشناسی اراده را به کارهای مقدماتی و کارهای تنفیذی که بدنبال دارد تقسیم کرده اند ، که در اینجا مجالی برای شرح آن نیست و فقط به بیان مراتب اراده اکتفا میکنیم . بنا به تقسیم سبکی^۱ در مسألة ارتکاب گناه ، قصد پنج مرتبه دارد : هاجس ، خاطر ، حدیث نفس ، هم ، عزم .

هاجس نخستین سایه قصد است که در نفس پیدا میشود و پس از آن خاطر است که جریان قصد در آن نمایان میگردد و حدیث نفس حالت توجه فکر به عمل و یا



انصراف از آن است ، و مرحله هم ، ترجیح قصد فعل بر ترك آنست ، و مرتبه عزم ، قصد را تکمیل میکند و آنرا بحالت جزم مبدل میسازد .

هاجس و خاطر تحت اختیار انسان نیستند و انسان از جهت آندو مسئول شمرده نمیشود . همچنین به مقتضای این دو حدیث نبوی : « عفی عن امتی ما حدثت به نفوسها » - امت من از حدیث نفس بخشوده هستند ، و « ان الهم بالحسنة یكتب حسنة والهم بالسیئة لا یكتب سیئة »^۲ - تصمیم بکار نیک کاری نیک شمرده میشود ولی تصمیم بکار زشت ، گناه بشمار نمیرود ، انسان در مرحله سوم و چهارم قصد نیز مورد مؤاخذة قرار نمیگیرد ، ولی در مرتبه عزم اختلاف نظر وجود دارد که در حال حاضر مجالی برای شرح آن نیست .

این بود معنی و تفصیل قصد در گناهان مذهبی . اما در امور حقوقی و معاملات ، به مجرد قصد اثر و اعتباری مترتب نیست . چه ، قصد برای طرف مقابل امری است ناشناخته و ممکن است انسان از آن عدول کند . پس بر هیچ يك از مراتب قصد در معاملات اثری مترتب نمیشود و آنرا اهمیتی نیست مگر اینکه به حین وجود آید و با اجرا و عمل مقرون شود^۳ .

حکم هر عمل نیز دائر مدار قصد عامل است و در حدیث شریف آمده است :

۱- غزالی آنرا در احیاء علوم الدین ، ج ۳ ، ص ۳۶ ذکر میکند . و این معنی در بخاری (شرح عینی ، ج ۲۳ ، ص ۱۸۸) نیز نقل شده است : « ان الله تجاوز لامتی عما وسوست او حدثت به انفسها ما لم تعمل او تکلم » ، (خداوند از وسوسه و حدیث نفس امت من در گذشته است مگر اینکه بر حسب آن عمل کند و یا بر زبان آورد) .

۲- سیوطی آنرا در الاشباه در همان محل آورده است .

۳- در قوانین کیفری امروز ، مجرد قصد ارتکاب جرم ، جرم نیست ، بلکه باید نیت و قصد به عمل به پیوندد . ینی شروع به ارتکاب جرم کند و یا آنرا به انجام رساند .

«انما الاعمال بالنیات وانما لكل امریء ما نوى» ، (عملها به نیتها تعلق دارد و هر شخص دامنگیر نیت خود است)^۱. پس اعمال بمقاصد مربوط است و بنا بقاعده کلی مذکور در ماده دوم، مجله «کارها به قصد و نیت بستگی دارد»^۲، یعنی حکمی که بر کاری مترتب میشود بمقتضای مقصود و نیتی است که عامل درباره آن امر داشته است .

مثلا بموجب ماده ۷۶۹ مجله اگر کسی چیز کم شده ایرا به نیت رد آن بر صاحبش بردارد بر او حلال است. ولی اگر به نیت تصاحب بردارد ، غاصب شمرده میشود . در هر دو حال عمل یکی است ولی باختلاف قصد ، حکم متفاوت میشود .

نیت و ظاهر

باتوجه بقاعده «کارها به قصد و نیت بستگی دارد» چنانچه نیت و ظاهر مختلف شوند و امکان آگاهی و اطلاع بر نیت باشد حکم بمقتضای آن داده خواهد شد و همچنین اگر معنی گفتاری بالفعل آن متفاوت باشد، معنی معتبر خواهد بود و ماده سوم مجله نیز

۱- در همه کتب ششگانه حدیث روایت شده است . در بخاری به عبارت : « فمن كانت هجرته الى دینا یصیبها اوالی امرأة ینکحها ، فهجرته الى ما هجر الیه » - هر کس هجرتش برای بدست آوردن مال دنیا و یا ازدواج با زنی باشد پس هجرت او برای همانست که در نیت داشته است . و در دیگر جاها بالفاظ مختلف بیان شده است . مثلا «انما الاعمال بالنية وانما لكل امریء ما نوى ، ومن كانت هجرته الى الله ورسوله فهجرته الى الله ورسوله ومن هاجر لدینا یصیبها او امرأة یتزوجها فهجرته الى ما هجر الیه » ، (کارها به نیت بستگی دارد و نیت هر کس دامنگیر اوست ، هر کس «نیت» هجرت به خدا و رسول او را داشته باشد ، هجرت او بخدا و رسول اوست و هر کس برای بدست آوردن مال یا ازدواج با زنی هجرت کند، پس هجرت او برای همان است که در نیت داشته است.)

۲- این قاعده دیگری است که سبکی بر چهار قاعده ای که قاضی حسین بنای فقه را بر آنها استوار دانسته در جمع الجوامع افزوده است . رک. بهاشیة بنانی ، ج ۲ ، ص ۳۷۳

میگوید: «در عقدها اعتبار به قصدها و معانی است نه الفاظ و عبارات».

همانطوریکه میدانیم اگر منفعت چیزی در برابر عوض یعنی پرداخت اجرت مورد عقد قرار گیرد اجاره، و بدون عوض اعاره نامیده میشود. حال اگر دو نفر عقدی بلفظ اعاره جاری کنند و شرط کنند که به عاریه دهنده عوضی بدهند این عقد بموجب معنی «اجاره» شمرده میشود و توجیهی به لفظ آن که «اعاره» باشد نخواهد شد.^۱ بدین ترتیب، در مواردی از این قبیل، حکم بر معنی و نیت مترتب است بشرطی که حق غیر در میان نباشد، چه در اینصورت بلحاظ «دفع گزند و ضرر از مردم» باید بمقتضای ظاهر لفظ حکم کرد.

مثلاً هرگاه یکی از دو طرف دعوی در پیشگاه دادرس، دیگری را بسوگند وادار کند، سوگند بر ظاهر آن که مطابق بانیت دادرس و دادخواه است، عمل میشود نه بر نیت کسی که سوگند میخورد. و حدیث شریف «اليمين على نية المستحلف»^۲ - سوگند بر نیت و قصد دادخواه است «مبنی این معنی است. بنابراین توریه در سوگند جایز نیست و بهنگام سوگند پنهان کردن حقیقت و آشکار ساختن غیر آن روا نمیشود و بنا بقولی اگر سوگند خورنده واقعاً مظلوم باشد، توریه در سوگند اضطراراً برای او جایز است»^۳.

۱- این قاعده را مفصلاً در باب عقود کتاب خود، «النظرية العامة للموجبات والعقود»

ج ۲، ص ۲۸-۳۱ روشن نموده‌ایم.

۲- صحیح مسلم (ج ۵، ص ۸۷) و شرح آن از نووی (ج ۱۱، ص ۱۱۷).

۳- ابن نجیم بنقل از خلاصه در الاشباه (ص ۲۱). در کتاب مفتاح الکرامه که فقهی مطابق مذهب شیعه امامیه است (ج ۵، ص ۱۸) این کار را برای مدیون معسر نیز جایز شمرده است و می‌گوید: اگر از اعتراف بترسد باید راه انکار و سوگند را پیش گیرد و به هنگام ادای سوگند توریه و نیت کند که در وقت ممکن دین خود را ادا نماید.

همچنین باستناد حدیث شریف « نحن نحکم بالظاهر والله يتولى السرائر » ، (ما بظاهر حکم میکنیم ، خداوند از نهانها آگاهی دارد)^۱ . و نیز بنا به قاعده مذکور در المجامع^۲ و مجله که « در امور درونی ظاهر جایگزین باطن است یعنی اگر بر حقیقت امر نتوان آگاهی یافت بر حسب ظاهر باید حکم کرد » آمده است ، چنانچه بر نیت و مقصود واقعی نتوانیم دست یابیم باید بظاهر حکم کنیم . بنا بر این ، به هنگام تعارض نیت با ظاهر اصل ، عمل به مقتضای نیت است ، مگر اینکه ظاهر با حق دیگری بستگی داشته باشد و یا معرفت بر نیت دشوار گردد که اضطراراً بر سبیل استثنا بموجب ظاهر حکم میشود .

پس آگاهی بر نیت از امور مهم است زیرا حکم حقیقی بر آن مترتب میشود و در صورت تعسر و دشواری اخذ بظاهر باید کرد . بهمین جهت در کتب فقهی و مجله ، قواعد و ضوابطی برای تفسیر الفاظ و معانی تصرفات شرعی ذکر کرده اند و بطوریکه خواهیم دید ، مراد از بیان این قواعد ، بخلاف نظر برخی از علما ، لزوم تمسک بلفظ نیست بلکه کوششی است در راه فهم معانی امور و مقاصد حقیقی آنها که ذیلاً باختصار بیان میشود :

حقیقت و مجاز

کلام به حقیقت و مجاز و مهمل تقسیم میگردد . حقیقت لفظی است که در معنی

- ۱- این حدیث را آمدی در الاحکام ، ج ۳ ، ص ۹۱ و برخی از حنفیان مانند موصلی (در الاختیار در شرح المختار ج ۱ ، ص ۱۵۹) بعبارت « انا اقضی بالظاهر والله يتولى السرائر » - من بظاهر قضاوت میکنم و خداوند متولی بر سرائر و نیات است . و در المذهب (ج ۲ ، ص ۸۶) به عبارت « احکم بالظاهر والله عزوجل يتولى السرائر » آورده اند .
- ۲- المنافع ، ص ۳۲۰ ، و باین معنی در مثل لاتینی چنین آمده است :

لغوی یا اصطلاحی خود بکار رود مانند بکار بردن لفظ (شیر) در مفهوم حیوان درنده یا استعمال لغت (قیاس) بعنوان دلیل شرعی در اصطلاح علمای اصول. و مجاز لفظی است که در غیر معنی لغوی و یا قراردادی خود استعمال شود مانند گفتن شیر و اراده مرد دلیر. و مهمل سخنی است که در غیر مورد استعمال شود و برای آن معنی و مفهومی نتوان یافت.

ماده ۱۲ مجله میگوید: «اصل در سخن حقیقت است» بنا بر این اگر کسی خانه خود را وقف فرزندان خود کند و بمیرد، و بهنگام مرگ او را نواده‌هائی نیز باشند، آنان حقی در مال موقوفه ندارند. چه لفظ فرزند در حقیقت، شامل نوادگان نمی‌شود.

ولی بموجب ماده ۶۱ مجله: «هر گاه حمل کلام بر حقیقت متعذر باشد بمعنای مجازی آن باید توجه کرد». مثلاً در مثال بالا، چنانچه واقف چیزی را برای فرزندان خود وقف کند و به هنگام مرگ فرزند بیواسطه نداشته باشد، در چنین صورت لفظ فرزند مجازاً بر نوه اطلاق میشود زیرا حمل کلام بر معنی حقیقی متعذر است و نوادگان حق استفاده از عین موقوفه را خواهند داشت.

این عمل در حقیقت تفسیری از نیت واقف و تبعیت از قاعده‌ای است که در ماده ۶۰ مجله بیان شده است: «اعمال و بکار انداختن سخن بهتر از مهمل داشتن آن است. یعنی تا حمل سخن بر معنی ممکن است، نباید آنرا مهمل گذارد»^۱.

ماده ۶۲ مجله همچنین اضافه میکند: «اگر بکار بردن کلام در معنی حقیقی یا مجازی میسر نباشد، مهمل گذارده میشود». و مثال سخن مهمل اینست که شخصی

۱- در آخرین بند ماده ۳۶۷ قانون الزامات لبنان بدین معنی آمده است: «... در صورتیکه بتوان برای نسی معنی و مفهومی یافت و آنرا عملی ساخت باید این کار را کرد». و مثل لاتینی بدین شرح است: *Interpretatio fienda est ut res magis Valeat quam pereat*

ادعای فرزندی کسی را نماید که از خود او بزرگی سالترا است .
 همه موادی که در فصل قواعد کلی مجله آمده است ، از کتاب الاشباه و
 النظائر و دیگر کتابهای اصول^۱ گرفته شده است و خلاصه‌اش این است که سخن را
 در وهله اول بمعنی حقیقی ، و در صورت میسر نبودن آن بمعنی مجازی باید حمل
 کرد و نباید آنرا مهمل گذارد مگر اینکه اطلاق آن بر معنای حقیقی و مجازی
 متعذر باشد .

در صورتیکه معنی حقیقی با معنی مجازی تعارض کند ، و استعمال لفظ در
 معنای حقیقی مهجور و دور از ذهن باشد باید مقصود را در مجاز جستجو کرد و چنانچه
 دو معنی مذکور تعارض داشته باشند ولی معنی مجازی عرفاً غالب و مورد استعمال
 بیشتری داشته باشد ، بنظر ابوحنیفه تقدم با معنی حقیقی است ولی بنظر ابو یوسف
 و محمد بن حسن شیبانی و غزالی و دیگران باید معنی مجازی را مقدم داشت و ترجیح
 داد بشرطی که این معنی ، عرفی جاری و مطرد باشد . مجله نیز همین نظریه دوم را
 پذیرفته است و در ماده ۴۰ تصریح میکند : « بدلالات عرف ، حقیقت ترك میشود »
 و همچنین بنا بر رأی مختار دانشمندان اصول و قولی که هندی به امام شافعی^۲ نسبت
 داده است ، دلالت عادت و عرف باید با نیت همراه باشد .

تصریح و دلالت

اصولیان حنفی مذهب سخن را از جهت دلالت به تصریح و کنایه تقسیم کرده‌اند .

۱- الاشباه از ابن نجیم (ص ۲۸ و ۵۳) ، و از سیوطی (ص ۴۵ و ۸۹) ، و شرح
 المنار از ابن ملك (ص ۱۰۸ به بعد) .

۲- المنهاج از بیضاوی و شرح آن نهاية السؤل از اسنوی و شرح آن الابهاج از سبکی
 (ج ۱ ، ص ۲۰۵) و اشباه سیوطی (ص ۶۶) .

صریح آنچنان سخنی است که معنی « آشکار و بین » داشته باشد ولی در سخن کنایه آمیز ، مراد و مقصود سخنگو مستتر است و درک آن محتاج به تبیین و توضیحی است که از عبارت نص و یا اشاره یا دلالت یا اقتضای آن حاصل میشود . اما بعقیده شافعیان سخن از جهت دلالت به دلالت منطوق یا دلالت لفظی ، و دلالت مفهوم یا دلالت معنوی تقسیم شده است که در اینجا مجالی برای شرح این تفصیلات نیست و خوانندگان به کتابهای اصول^۱ باید مراجعه کنند .

و صراحت سخن ممکن است گاهی با دلالت حال که از سکوت یا قرائن و یا از عرف متداول ، فهمیده میشود ، منافات داشته باشد . مثلاً در اغلب مذاهب اسلامی بیع معاطات یعنی مبادله عملی که دلالت بر تراضی طرفین دارد جایز است و خریدار میتواند بهای کالا را به فروشنده بدهد و بدون اینکه ایجاب و قبولی در میان باشد ، کالا را تصاحب کند . در اینجا است که دلالت حال بطور آشکار و صریح جانشین ایجاب و قبول میشود .

مثال دیگر: جایز است که سرپرست صغیر به او اجازه دهد تا به امور بازرگانی بپردازد و ماده ۹۷۱ مجله در این خصوص میگوید : « همانطوریکه اذن بصراحت ممکن است ، به دلالت حال نیز امکان پذیر است . مثلاً اگر سرپرست صغیر همین او را در حال خرید و فروش ببیند سکوت کرده مانع کار او نشود ، در واقع بدلالات حال باو اجازه داده است » .

بر سکوت نیز به تمهائی اثری مترتب نمیشود مگر اینکه همراه با قرائنی باشد و در قواعد کلی چنین آمده است : « سخنی را به شخص ساکت نتوان نسبت داد و اما سکوت بهنگام لزوم بمنزله بیان است » (ماده ۶۷ مجله) . این قاعده را بطور

۱- شرح المنار از ابن ملک (ص ۱۶۴ به بعد) ، و شرح المنهاج از اسنوی (ج ۱ ،

مفصل در فصل ایجاب و قبول از باب عقود شرح کرده ایم^۱.

اهمیت مطلب در اینست که کلام صریح اصالت دارد و از دلالت نیرومندتر است و در این خصوص در کتاب المجامع^۲ و ماده ۱۳ مجله چنین آمده است: «در برابر تصریح دلالت را اعتباری نیست». مثلاً هرگاه کسی متاعی را در دکانی بگذارد و صاحب دکان جریان این عمل را ببیند و سکوت اختیار کند، این مال حکم ودیعه و امانت را خواهد داشت گویی عقد ودیعه از روی دلالت حال انجام گرفته است. ولی هرگاه در آن موقع دکاندار بگوید: اینرا نمی پذیرم، در چنین صورتی عقد امانت منعقد نمی شود (ماده ۷۷۳ مجله) پس نهی صریح دکاندار، دلالت حال را منقضی می سازد و بطوریکه گفتیم: در برابر صراحت، دلالت را اثری نیست.

و شبیه به این مورد را گاهی در اثر اشتباه در تفسیر شروط واقف در وقفنامه ها نیز میتوان دید. از جمله شرط های مذکور شرط معروف به «درجات قراردادی» است، بدین شرح: «اگر کسی از موقوف علیهم پیش از آنکه به مرحله استحقاق برسد و بتواند از منافع مال موقوفه استفاده کند، بمیرد، و دارای فرزندی باشد، آن فرزند مستحق سهمی خواهد بود که بفرض زنده ماندن به پدر متوفای او تعلق میگرفت». و بالجمله در تفسیر این نوع از شروط، الفاظ صریح و روشن قابل ترتیب اثر است نه دلالت های آنها، چه «هرگاه الفاظ بر مقاصد دلالت نکند، آنرا اعتباری نباشد»^۳.

۱- در کتاب النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة اسلامية، ج ۲، ص ۵۲.

۲- در المجامع چنین آمده است: «الثابت بدلالة النص انما يعتبر اذا لم يوجد الصريح بخلافه»، (آنچه از راه دلالت ثابت می شود هنگامی معتبر است که نصی صریح مخالف آن وجود نداشته باشد). ر. ک به شرح آن، المنافع، ص ۳۱۷ و ۳۲۸.

۳- فتاوی تقی الدین سبکی، قاهره، سال ۱۳۵۵ هـ، ص ۱۴۶ و ۱۶۹.

مطلق و مقید

کلام یا مطلق و آزاد است، یا مقید. کلام مطلق آنستکه بر معنی خاصی بطور عموم دلالت کند و مقید آنست که بر همان معنی ولی بشرط اقتران به صفتی و یا حالتی دلالت کند.

مثلا وکالت ممکن است مطلق یا مقید باشد. نوع اول این است که کسی دیگری را در مورد فروش چیزی و کیل کند بدون اینکه بهای آنرا تعیین نماید و در نوع دوم موکل بصراحت ثمن و بهای آنرا تعیین و یا عمل و کیل را بشرط دیگری و یا دلالت عرف مقید گرداند.

از تعریف مطلق و مقید چنین برمیآید که اصل در سخن اطلاق است و هرگاه کلامی فاقد قید باشد مطلق است مگر اینکه تقیید بصراحت یا دلالت مستفاد گردد. قاعده کلی منقول از المجامع^۱ و نیز ماده ۶۴ مجله چنین میگوید: «تا دلیلی بنص یا دلالت بر وجود تقیید وجود نداشته باشد، کلام بر اطلاق حمل خواهد شد».

و ماده ۱۴۹۴ مجله در مقام تمثیل میگوید: «در وکالت مطلق و کیل میتواند مال موکلش را بقیمت مناسب بفروشد، خواه کم باشد خواه زیاد» و ماده ۱۴۹۵ اضافه میکند: «اگر موکل ثمن را تعیین کرده باشد و کیل نمی تواند به کمتر از آن بفروشد...» این نوع تقیید به صراحت یا نص بستگی دارد و نیز ممکن است تقیید از راه دلالت باشد و در این مورد ماده ۱۴۸۴ مجله اعلام میدارد: «اگر کسی دیگری را و کیل خریدن چیزی کند که در هنگامی معین ضرورست، وکالت تنها شامل همان موسم و موقع معین میشود».

ارتباط سخن

کلام هر اندازه که طولانی باشد ، در صورتیکه فقط درباره يك موضوع باشد ، باید من حیث المجموع و رویهمرفته معتبر شمرده شود ، چه جمله‌های آن بیکدیگر بستگی دارند . و کسی که میخواهد معنی حقیقی جمله را دریابد ، باید « آغاز و پایان آنرا بهم پیوندد »^۱ و تنها توجه به جزئی ، برای ادراك معنی حقیقی کلام کافی نیست .

این قانون عمومی را میتوان بطور خصوصی بر اقرار منطبق ساخت ، اقراری که در برابر پرسشی ، از شخص اقرار کننده صادر میشود . در اینجاست که برای اطلاع بر فحوای اقرار باید پاسخ را به پرسش عطف کرد . از اینرو در الاشباه^۲ و ماده ۶۶ مجله چنین آمده است «پرسش در پاسخ باید اعاده شود و آنچه برای تصدیق و اقرار طرف از او پرسیده میشود باید مورد اقرار قرار گیرد» .

مثلا هر گاه مدعی علیه (خواننده) از وجود سندی مطلع باشد و از او بپرسند «آیا بآنچه در این سند است معترفی ؟» و در پاسخ بگوید «آری» . پاسخ او به همین پرسش بر میگردد و با این اقرار در حقیقت مضمون سند را پذیرفته است و مثل این است که بجای گفتن «آری» بگوید «آری بآنچه در این سند است معترفم» . همچنین شرط است اینکه پرسش از حدود پاسخ پا فرا نهد والا اقرار ناقص است . پس اگر از «خواننده» پرسیده شود «آیا بخط و امضای این سند اقرار میکنی و در پاسخ بگوید «تنها بمتن آن اعتراف میکنم» اقرارش ناقص است چون همه جوانب پرسش را فرا نگرفته است ، بنابراین قابل تطبیق با قاعده مزبور نیست .

۱- گفتار شاطبی در چگونگی تفسیر آیات قرآن کریم ، در موافقات ، ج ۳، ص ۴۱۳.

۲- الاشباه والنظائر از سیوطی (ص ۹۷) . و از ابن نجیم (ص ۶۱) .

فصل اول

دوره‌های قانونگذاری

امر قانونگذاری اسلامی را از نظر سهولت بحث به پنج دوره تقسیم میکنیم: عصر پیامبر (ص)، عصر خلفاء راشدین و امویان، عصر طلائئ عباسی، عصر انحطاط و تقلید، و عصر نهضت^۱. که ما پس از بیان مجملی از عادات عرب در دوران جاهلیت، باختصار دوره‌های مزبور را شرح میدهیم.

عصر جاهلیت

عرب در جاهلیت یعنی زمان پیش از اسلام در جزیره خود و کناره‌های آن بصورت بدوی و حال پراکندگی میزیستند و عرف و عادت مصدر و منشاء نظام آنان بود و اجتماع آنان از خاندانهای پراکنده‌ای تشکیل می‌یافت که بیک دولت مرکزی

۱- رجوع شود به تاریخ التشریع الاسلامی از خضری (مصر، چاپ دوم، ۱۹۲۶)؛
ونظرة عامة فی تاریخ الفقه الاسلامی از دکتر علی حسن عبدالقادر (جزء اول، قاهره، ۱۹۴۲)؛
و تاریخ التشریع الاسلامی از سبکی و سبکی و وبریری (مصر، چاپ دوم، ۱۹۳۹)؛ و دو کتاب
فجر الاسلام و ضحی الاسلام از آقای احمد امین؛ و حسن المحاضرة از سیوطی؛ و کتابهای طبقات
که بیان آنها خواهد آمد.

خلاصه سخن این است که برای درك مقصود و معنی هر چیز، باید الفاظ متعلقه بآن را بهم ربط داد و آنرا رویهم رفته بررسی کرد و هیچ گونه تجزیه و تفرقه در آن روا نداشت بهمین جهت قانون موجبات لبنان میگوید: «مواد يك قرار داد را باید رویهم رفته در مد نظر گرفت چه برخی از مواد آن، با توجه به مجموعه قرار داد، مواد دیگرش را تفسیر می کنند» (ماده ۳۶۸).

سیاق و روش سخن

روش سخن در فهم و تفسیر معنی آن اهمیت بسیار دارد. چه بسا کلمه یا صفتی در يك مناسبت بی ارزش ولی بمناسبت دیگر با اهمیت باشد. از نمونه های این مورد میتوان این دو قاعده کلی را که در مجله آمده است نقل کرد:

۱- بنقل مجله از المجامع^۱: «وصف نسبت به حاضر بی اثر و نسبت به غایب معتبر است. مثلاً کسی که اسب سفید موجود در مجلس را می فروشد اگر آنرا نشان بدهد و بگوید این اسب سیاه را فروختم و خریدار هم بپذیرد. بیع صحیح است و وصف سیاهی لغو و بی اثر است ولی اگر اسبی در میان نباشد و فروشنده آنرا با وصف سفیدی بفروشد و واقعاً اسب سفید نباشد در این صورت بیع منعقد نشده است».

اگر جمله آخر ماده میگفت (بیع لازم نشده است)، صحیحتر بود. چه در چنین حالتی، بنظر مجله، مشتری خیار تخلف از وصف دارد و میتواند بیع را امضاء و یا فسخ کند.^{۲،۳}

۱- المنافع، ص ۳۳۳.

۲- رجوع شود به ماده ۳۱۰ مجله و شرح علی حیدر بر ماده ۶۵.

۳- در حقوق امامیه چنین بیعی منعقد شده است و خریدار فقط خیار تخلف از وصف

پس در مورد چیزهای حاضر چون صفات و مشخصات آنها آشکار است، بتوصیف و بیان نیاز ندارد و اگر اشتباهی در توصیف آن شود باز بی اثر شمرده میشود. ولی در مورد امور غایب چون فرض بر این است که اوصاف آن بر خریدار مجهول است از اینرو بیان نیازمند است. پس اگر کسی کالائی را باصفت «مرغوب» بفروشد و سپس معلوم شود که مبیع از آن صفت برخوردار نیست، بمقتضای مجله (ماده ۳۱۰)، عقد غیر لازم است و مشتری اختیار فسخ دارد. از اینرو می بینیم که معانی اوصاف و کلام به مناسبتهای گوناگون و در امکان مختلف اختلاف پیدا میکند.

۲- (گفتن قسمتی از سخن که تجزیه ناپذیر باشد مانند گفتن همه آنست)، (ماده ۶۳ مجله).

این قاعده را صاحب هدایه و ابن نجیم در الاشباه والنظائر آورده اند و سیوطی هم با عبارتی نزدیک بدان گفته است: «اختیار قسمتی از آنچه تبعیض ناپذیر است در حکم اختیار کل و همه آنست و اسقاط قسمتی از آن مانند اسقاط همه است»^۱.

از مثالهای این قاعده حق شفعه است که قابل تجزیه نیست. بنابراین مجله در ماده ۱۰۴۱ چنین میگوید: «شفعه کننده نمیتواند نسبت بمقداری از ملك از حق شفعه استفاده کند و از بقیه صرف نظر کند».

مثال عجیب دیگری که اغلب فقها در باب طلاق آنرا در عداد مثالهای فرضی ذکر کرده اند این است که اگر کسی جزء مشاعی از زن خود را و یا نصف او را طلاق دهد، طلاق کامل است چه طلاق امریست تجزیه ناپذیر و ذکر بعض مانند ذکر کل است^۲ و فقیهان بر این حکم اتفاق دارند، جز داود ظاهری که در چنین

۱- الهدایة، (ج ۱، ص ۱۸۴) والاشباه از ابن نجیم (ص ۶۴) و سیوطی (ص ۱۰۸)

وقواعد عز بن عبدالسلام (ج ۲، ص ۸۶)،

۲- الهدایة و قواعد ابن عبدالسلام در همانجا.

حالی به‌عدم وقوع طلاق معتقد است^۳ ولی بطوریکه می‌بینیم این مسئله فرض محض است و تصور آن در عالم واقع و خارج ممکن نیست و چنین طلاق از مرد عاقل سر نمی‌زند.

فصل چهارم

اصول عمومی اثبات دعوی

بخش اول

لزوم اثبات

اهمیت اثبات

برخی از امور بالعیان ثابت است و اثبات برخی دیگر ببران نیازمند است و هر دو روش در ارزش همانند میباشند و بطوریکه فقیهان گفته‌اند^۱ و مجله نیز در ماده ۷۵ اشاره میکند: «آنچه ببران ثابت شود مانند آنستکه بالعیان ثابت باشد». امر اثبات در مرحله دادرسی ارزش بزرگی دارد و در حدیث نبوی آمده است که: «لویعطی الناس بدعواهم لادعی ناس دماء رجال و اموالهم»^۲، (اگر بمجرد

۱- این قاعده در المجمع (المنافع، ص ۳۱۷) نقل شده است و در الهدایة (ج ۴، ص ۱۴۱) ببارت و الثابت بالشهادة کالتایب معاینه^۳ آمده است.

۲- و تتمه آن چنین است: «ولکن الیمین علی المدعی علیه»، (ولی سوگند بر عهده خواننده است). رک، صحیح مسلم، ج ۵، ص ۱۲۸.

ادعای مردم ترتیب اثر داده میشد هر آینه مردمانی خون و دارائی مردمان دیگری را ادعا میکردند) پس ضرورت اثبات هر گونه ادعای صرف و سست و دروغی را وا میند.

این قاعده ایست عمومی، گرچه در برخی از موارد نیز خالی از خطر و زیان نیست. مثلاً ادعائی که صاحبش از عهده اثبات آن بر نیاید معتبر نیست گرچه ادعائی درست باشد، چون مسأله اثبات نهایت اهمیت و ارزش را دارد و اگر کسی از دلایل ساختگی استفاده کند باز حکم بنفع او صادر میشود. پیغمبر اسلام بکسانی که بیاطل اقامه دعوی مینمایند چنین اخطار کرده و میفرماید: «انکم تختصمون الی»، ولعل بعضکم الحن بحجته من بعض. فمن قضیت له بحق اخیه شیئاً بقوله، فانما اقطع له قطعة من النار فلا یأخذها^۱، (شما برای احقاق حق نزد من میآید شاید یکی از شما بهتر از دیگران از عهده بیان حجت و اثبات دعوی خود برآید. پس اگر در اثر این قبیل از سخنان بنفع کسی قضاوت کنم و حق را که از آن برادر اوست بدو بسپارم، در حقیقت قطعه‌ای از آتش است که به او میدهم زینهار که آنرا نگیرد.) اثبات امر عبارت است از ارائه حجت، و اقامه دلیل بر آن تا به سرحدیقین برسد. و یقین چیزی است که از راه نظر یا دلیل ثابت شود. اصل بر اینست که یقین، جز با یقینی دیگر، برطرف و زایل نمی‌گردد. پس از یقین درجات تردید قرار گرفته است که عبارتند از ظن و شك و وهم.

معنی ظن و گمان اینست که در صورت تردید صحت، (دلایل) را ترجیح دهد. و گمان بحکم آیه کریمه: «ان الظن لایغنی من الحق شیئاً»^۲ برای اثبات امری بر خلاف یقین کافی نیست، خصوصاً اگر این ظن و گمان، ظاهر الخطا باشد. بهمین

۱- بنقل بخاری. رك، شرح عینی، ج ۱۳، ص ۲۵۷.

۲- سورة یونس (۱۰) ۳۶.

مناسبت در الاشباه والنظائر^۱ و مجله آمده است: «ظنی که خطا در آن آشکارا باشد، بی اعتبار است» (ماده ۷۲).

مگر اینکه گمان از نوع ظن غالب باشد که بهنگام تعذر در دسترسی به یقین میتواند جانشین آن گردد. مثلاً اگر غرق شدن يك کشتی ثابت شده باشد، بظن غالب بمرگ سر نشینان آن حکم میشود.

شك و دو دلی حالت تردد بین ثبوت و عدم آنرا گویند بطوریکه دو طرف صواب و خطا برابر باشند و هیچ يك بر دیگران رجحان نداشته باشد. این نیز برای رفع یقین کافی و بسنده نیست و قاضی حسین این قاعده را بعنوان: «الیقین لا یرفع بالشك» (شك رافع یقین نیست)^۲ بیان کرده و آنرا یکی از قواعد چهارگانه ای میداند که فقه بر آنها استوار شده است. کتاب اشباه^۳ و مجله در ماده ۴ میگوید: «یقین باشك از میان نمیرود».

و هم عبارت است از ترجیح طرف خطا در حالت تردید. و آن مردود است و ماده ۷۴ مجله میگوید: «توهم اعتباری ندارد»^۴. همچنین مجرد احتمال نیز مردود است.

بنابر این اعتبار، در اصل، به یقین و به چیزی است که با دلیل ثابت شود، و هر چه خلاف آن باشد معتبر نیست. از اینرو قاعده کلی مذکور در المجامع^۵ و

۱- از سیوطی (ص ۱۰۶)، و از ابن نجیم (ص ۶۳).

۲- بنقل تاج الدین سبکی در جمع الجوامع. رجوع شود به شرح آن با حاشیه بنانی

ج ۲، ص ۳۷۳.

۳- از سیوطی (ص ۵۴ و ۳۷)، و از ابن نجیم (ص ۲۹ و ۲۲).

۴- این قاعده در مجمع الفتاوی آمده است. مراجعه شود بشرح ماده ۷۴ در «مرآة

مجله احکام عدلیه».

۵- المنافع شرح المجامع، ص ۳۲۹.

ماده ۷۳ مجله چنین تصریح دارد: «احتمال ناشی از دلیل حجت نیست. مثلاً اگر کسی در بیماری مرگ اعتراف کند که بیکى از ورثه خود مدیون است ولی دیگر ورثه صحت آنرا تأیید نکنند، این اقرار صحیح نیست چه احتمال دارد که چنین اقراری برای محروم ساختن سایر ورثه از ارثیه باشد. و این احتمال مستند باین دلیل است که اقرار کننده در بیماری منجر به مرگ است. ولی اگر کسی در حال صحت چنین اقراری کند جایز است و قصد حرمان سایر ورثه در این حال احتمال صرف و نوعی از توهم شمرده میشود و نمیتواند حجیت اقرار را مخدوش سازد»^۱.

بار اثبات بدوش کیست

در هر دادرسى لا اقل دو نفر متداعی شرکت دارند که یکی را خواهان (مدعی) و دیگری را خوانده (مدعی علیه) می نامند. خواهان، مدعی خلاف ظاهر است و خوانده بظاهر تمسک می جوید و ادعای انکار میکند^۲. بطوریکه دیدیم امر اثبات ارزش قضائی فراوانی دارد و ناچاریم معلوم کنیم که بار آن بدوش کدامیک از دو طرف است؟ بدون تردید این امر بر عهده خواهان است^۳ چون اصل در امور مترتب بر ظاهر است و هر

۱- این مثال مورد قبول مذهب حنفی است. اما در این خصوص در بعضی از مذاهب قول برخلاف آن وجود دارد که در کتاب خود «النظرية العامة للموجبات والمقود في الشريعة الاسلامية» ج ۲، ص ۱۴۲ به بعد، در مورد بیماری مشرف بموت چگونگی آنرا به تفصیل بیان کرده ایم.

۲- در الهدایة (ج ۳، ص ۱۲۵) چنین آمده است: «المدعی من لا یجبر علی الخصومة اذا تركها والمدعی علیه من یجبر علی الخصومة»، (مدعی کسی است که هرگاه از ادعای خود دست بردارد او را بترافع مجبور نکنند ولی مدعی علیه کسی است مجبور به ترافع است.)

۳- در امثال لاتینی است: *Actori incumbit probatio Ei incumbit probatio qui*

dicit non qui negat.

کس خلاف آنرا ادعا کند باید دلیل بیاورد. المجامع^۱ و مجله این قاعده کلی را آورده است: «دلیل بمنظور اثبات خلاف ظاهر و سوگند برای ابقای اصل است» (ماده ۷۷). و نیز ماده ۷۶ اعلام میدارد: «دلیل برعهده خواهان و سوگند بر انکار کننده است» و مناط شرعی قاعده من بور حدیث نبوی «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه او علی من انکر»^۲ (بینه برعهده خواهان و سوگند بر خوانده یا بر کسی است که انکار کرده است)^۳ میباشد.

بعبارت دیگر اگر کسی ادعای چیزی را از دیگری کند باید از عهده اثبات آن بر آید، چه بمقتضای اصل برائت ذمه مدعی علیه (خوانده) باید نظر داد و در این مورد مجله چنین میگوید: «اصل برائت ذمه است و چنانچه کسی مال دیگری را تلف کند و در مقدار آن اختلاف پدید آید قول خوانده پذیرفته میشود و اگر صاحب مال ادعا کند که بیش از آن را تلف کرده است باید از عهده اقامه دلیل بر آید» این قاعده کلی از قواعدی است که اصولیان شافعی مذهب در استصحاب حال بدان استناد میکنند و قواعد مشابه آن را از قبیل: «اصل بقای هر چیز، بر آنست که بوده؛ و آنچه در زمانی پیشین ثابت شده است تادللی بر خلافش پیدا نشود ببقای آن حکم میشود»^۴ که سابقاً بدانها اشارت رفت، بر این قاعده کلی پایه گذاری کرده اند.

بموجب قاعده مذکور چنانچه خواهان از اثبات ادعای خود عاجز شود قرار

۱- در المجامع آمده است: بینه برای اثبات خلاف ظاهر و سوگند برای ابقای اصل است. بشرح آن، المنافع، ص ۳۱۴ رجوع شود.

۲- سیوطی آنرا در الجامع الصغیر، شماره ۳۲۲۵ و ۳۲۲۶ از ترمذی و بیهقی نقل کرده است.

۳- ماده هشتم، و منقول از قواعد الاشباه.

۴- ماده های پنجم و دهم مجله که تفسیر آنها قبلاً گذشت.

رددعوی صادر میشود و به وضع ظاهر مراجعه میگردد. یعنی چگونگی در همان وضع سابق خود ابقاء میشود و آنچه در قدیم بوده است بهمان حال میماند. این مطلب در قواعد الجامع^۱ آمده و مجله نیز در ماده ۶ متعرض آن شده است و قاضیخان میگوید: «اصل این است که آنچه بوده بحال خود بماند و دگرگون نشود، مگر با دلیل»^۲ البته بشرطی که کیفیت پیشین زیان آور نباشد، زیرا به عبارت مجله که در ماده ۷ میگوید «ضرر و زیان قدیم نیست».

همچنین باید دانست که صفت بر دو نوع است، اصلی و عارضی. صفت اصلی آن است که از آغاز با موصوف خود همراه بوده است مانند صفت عقل برای انسان رشید. صفت عارضی مانند دیوانگی و مستی که از آغاز در موصوف وجود نداشته، و وجود آن طاری است و هر کس مدعی آن باشد باید وجود آنرا اثبات کند.

قاعده ای که از این بحث بدست میآید و در الاشباه و النظائر^۳ نیز آمده است، اینست که اصل در صفات اصلی وجود و در صفات عارضی بر عدم است و مجله در ماده ۹ میگوید: «اصل در صفات عارضی بر عدم است. مثلاً هر گاه دو شریک در مضاربه نسبت به حصول ربح و عدم آن باهم اختلاف کنند گفتار مضارب پذیرفته میشود و اثبات ربح بر عهده صاحب مال است»^۴.

۱- المنافع، ص ۳۲۶. این قاعده دارای مصادیقی در ابواب دیگر از قبیل مرور زمان و غیره میباشد.

۲- الفتاوی الخانیة، حاشیه هندی، ج ۳، ص ۲۴۶.

۳- الاشباه والنظائر از ابن نجیم، ص ۲۵.

۴- مضاربه در فقه شرکته را گویند که مال از یکی و کار از دیگری باشد. جمهور فقیهان شیعه امامیه نیز بر همین قولند. رجوع شود به جلد اول شرح لمعه از شهید ثانی، کتاب المضاربة. مترجم

در پایان اشاره باین مطلب لازم است که برای قاعده «دلیل بر دوش خواهان است» در مجله موردی استثنائی آمده است و آن در مورد ادعای امین است. پس اگر امانت دار ادعا کند که مال مورد ودیعه را بامانت گذار پس داده است و شخص اخیر منکر آن باشد «قول امین باسوگند»، (ماده ۱۷۷۴)^۱ معتبر است و این مخالف مقتضای قاعده مورد بحث است. چه امانت دار مدعی امری برخلاف ظاهر است و باید گفتار خود را باثبات برساند.

جمهور فقیهان اسلام، جز مالکیان، این استثناء را پذیرفته است و مالکیان نیز در صورتی که امانت گذار مالی را بدون بینه در اختیار امین بگذارد با جمهور هم عقیده هستند.

و بنظر ایشان چنانچه مال با مدرک و دلیل بامانت دار تحویل داده شود و او مدعی رد آن گردد باید قول خود را با ارائه دلیل اثبات کند.^۲ این رأی به نظریات عصر جدید، در این مورد، نزدیک است. قانون اوقاف ۱۰ آذر ۱۹۴۷ لبنان استثنای فوق را پذیرفته است و بموجب آن قانون، صرف گفتار متولی وقف، که امین محسوب میشود در امور وقف و یا نسبت بمستحقین پذیرفته نمیشود و او باید ادعای خود را با سند باثبات رساند (ماده ۴۱).

ترجیح دلائل

دانستیم که اصل برائت ذمه شامل حال خواننده و اقامه دلیل برای اثبات خلاف آن اصل بر عهده خواهان است، اکنون لازم است خواهان و خواننده را از هم باز

۱- قول مشهور حقوقدانان شیعه امامیه نیز همین است. رک شرح لمعه، ج ۲، کتاب

الودیعة از شهید ثانی. مترجم

۲- بدایة المجتهد، از ابن رشد، ج ۲، ص ۲۵۷.

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
هفت	مقدمه مترجم
۱	مقدمه چاپ دوم
۳	مقدمه چاپ اول
۱۵	باب اول : علم فقه و تقسیمات آن
۲۳	باب دوم : نظری بتاریخ
۲۵	فصل اول دوره‌های قانونگذاری
۳۶	فصل دوم مذهب حنفی
۴۵	فصل سوم مذهب مالکی
۴۹	فصل چهارم مذهب شافعی
۵۲	فصل پنجم مذهب حنبلی
۵۹	فصل ششم مذاهب از میان رفته سنیان
۶۲	فصل هفتم مذاهب شیعه
۷۱	فصل هشتم قوانین عثمانی و مجله احکام عدلیه
۸۲	فصل نهم سیر و تطور قانونگذاری در کشورهای شرقی
۱۰۹	فصل دهم نظری بتاریخ قوانین اروپائی
	باب سوم : منابع حقوق اسلامی
۱۲۰	فصل اول ادله شرعی
۱۲۶	فصل دوم کتاب
۱۳۳	فصل سوم سنت

مقدمه مترجم

مؤلف این کتاب استاد صبحی محمدصافی از حقوقدانان برجسته لبنان واز وکلای مبرز دادگستری، همچنین از استادان حقوق در دانشگاههای بیروت است. اطلاع وسیع مؤلف به فقه اسلامی و آشنائی او به حقوق بین المللی و تطبیقی و همچنین خدمات و سابقه قضائی او دست بدست هم داده و اثر جالبی بوجود آورده است. میتوان ادعا کرد که قسمت عمده ای از مطالب این کتاب برای بسیاری از علاقه مندان به فقه و حقوق اسلام جالب و مفید خواهد بود. خواننده محترم پس از مطالعه این کتاب، به روش قانونگذاری مذاهب مختلف اسلامی بیشتر آشنائی خواهد یافت و این بهترین پاداش و مزد مترجم است.

مترجم در زمینه های ماهیت قانون و کیفیت قانونگذاری و لزوم تطور و تکمیل قوانین، همچنین در اصول تشریع در مذهب شیعه و ادله عقلی مطالبی تهیه کرده بود تا بصورت پاورقی و مقدمه بر این کتاب بیفزاید. بعدها صلاح در این دیده شد که بصورتی جداگانه منتشر شود، تنها به آوردن پانویس هایی چند، که لازم مینمود، اکتفا شد.

بستگی نداشت، و اساس حیات اجتماعی آنها بر تعصبات خاندانی استوار شده بود. و پیوند فرد با قبیله از راههای خویشاوندی یا پسر خواندگی، یا پیمان و یا ارباب بردگی میبود و از اینرو فرد به حمایت قبیله و جانبداری از آن در برابر تجاوز بیگانگان برمیخواست. جنگ در میان خاندانها شیوع داشت، در نتیجه اموال را غارت و مردان و زنان را اسیر میکردند و اسیران را ببردگی میبردند.

وسایست اقتصادیشان بی سرو دستار بود. کار کردن عار و بردگی رواج داشت. معاملات نیز مانند سایر نمودهای اجتماعیشان بر عادت و تقلید بنامیشد و عرف عقود مبادله و بیع و مزارعه و ربا را جائز میداشت و برخی عقود از قبیل بیعهای ملامسه و منابذه و حصاة تشریفاتی بودند که با گفتارهای معین یا دست زدن یا جامه افکندن و سنگ پراندن انجام میگرفت.^۱

نظم خانوادگی آشفته بود و زن خوار شمرده میشد و عادت بر این جاری بود که دختران را بلحاظ ننگ یا ناداری و تنگدستی پس از ولادت زنده بگور میکردند و تعدد زوجات اندازه نداشت و متعه یا زواج موقت مباح بود. شوهر بدون هیچگونه قید و شرطی در رها کردن زن خود آزادی داشت و زنان و کودکان از ارث بهره‌ای نمیبردند.^۲

عصر پیامبر (ص)

زمان پیغمبر نخستین دوره تاریخ قانونگذاری اسلامی است که از سال ۶۱۰ م.

۱- به کتاب النظرية العامة للموجبات و العقود فی الشريعة الاسلامیة، از مؤلف ابن کتاب، بیروت، ۱۹۴۸، ج ۲، ص ۲۶-۲۷، رجوع شود.

۲- در اینکه زنان در جاهلیت ارث نمیبردند، هیچگونه خلافي نیست. رجوع شود به تفسیر فخر رازی (ج ۳ ص ۱۵۳)، و تفسیر زمخشری (ج ۱ ص ۲۴۹). در این خصوص استاد نکدی در مقاله معروف خود در (المجمع العلمی العربی سال ۱۹۴۷ ص ۲۶۱-۲۶۷) با ما مخالفت کرده است.

شناسیم و بدانیم که بار اثبات برعهده کدام يك از ایشان است و به هنگام تعارض ، دلیل کدام يك از ایشان مرجح است . و این بازشناسی را اصطلاحاً «ترجیح دلائل» مینامند و مجله در این خصوص مثالهای فراوانی آورده است که برای روشن شدن موضوع به بیان يك مثال قناعت میکنیم :

اگر کسی ملکیت چیزی را که در تصرف دیگری است ادعا کند و دومی در این ادعا با او به نزاع برخیزد آیا تقدیم دلیل مالکیت برعهده کدام يك از آنها است ؟ مجله میگوید : « در دعوی مالکیت دلیل بیرونی مقدم است » (ماده ۱۷۵۷). معنی قاعده مزبور اینست که مالکیت ظاهراً با متصرف یا «صاحب ید» است و کسی که مدعی ، خلاف آن باشد باید اقامه دلیل کند . این مطابق با مذهب حنفی است و یکی از دو قول منسوب به امام حنبل نیز آنرا تأیید میکند ولی قول دیگر از امام نامبرده و امام مالک و شافعی دلیل متصرف را بطور مطلق مقدم میداند .^{۱، ۲، ۳}

۱- کتاب رحمة الامة فی اختلاف الائمة از شیخ محمد بن عبدالرحمن دمشقی (درحاشیه المیزان الکبری) ، ج ۲ ، ص ۲۰۵ .

۲- حجیت ید نزد فقهای امامیه از جهت ظهوریست که در مالکیت دارد و تصرف ، اماره قانونی و دلیل مالکیت است و امام جعفر صادق (ع) گفته است : «لولم یجز هذا لما قام للمسلمین سوق» و ماده ۳۵ قانون مدنی ایران میگوید : « تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است ... » . م ترجم

۳- بنظر حقوقدانان امامیه ، اگر دو نفر ادعای مالکیت مالی را کنند و هر يك برای اثبات ادعای خود اقامه بینه نمایند ، چهار صورت ممکن است اتفاق افتد :

۱. هر گاه یکی از آنها متصرف باشد ، در اینصورت بینه خارج (غیر متصرف) مقدم است ، بنابراین مشهور .

۲. هر گاه هر دو متصرف باشند حکم به تنصیف آن میشود و اعتنائی به تساوی یا عدم تساوی گواهان در شماره و عدالت نیست . *

قاعده کلی دیگری که مجله از ابن نجیم^۱ نقل کرده است بامبحث ترجیح دلایل ارتباط کامل دارد، بدین مضمون: «اصل نسبت دادن امر حادث است به نزدیکترین زمانهایش. یعنی اگر در سبب و یا زمان وقوع امری اختلاف پدید آید، حدوث آن امر به نزدیکترین اوقات، نسبت به زمان حال، منسوب میشود، مگر اینکه دلیلی بر انتساب آن به زمان دور بدست آید» (ماده ۱۱). بدین مناسبت «بینه اثبات صحت بر بینه اثبات مرض موت برتری دارد. مثلاً اگر کسی مالی را بیکى از ورثه خود هبه کند و سپس بمیرد و دیگر ورثه مدعی باشند که بخشش در بیماری مرگ صورت گرفته است ولی موهوب له ادعا کند که آن بهنگام سلامتی اتفاق افتاده است، در این صورت حق موهوب له است که اقامه دعوی کند» (ماده ۱۷۶۶). یعنی بر موهوب له است که گفتارش را ثابت نماید، پس اگر نتواند ثابت کند، ناگزیر وقوع هبه را به زمان بیماری منجر بمرگ یعنی به زمان نزدیک باید نسبت داد و بمقتضای آن حکم کرد، و صحت هبه در این صورت موکول با اجازه دیگر ورثه است (ماده ۸۷۹)^۲.

* ۳. هرگاه مدعی بعد در تصرف ثالثی باشد بینه عادلتر مرجح است و در صورت تساوی در عدالت، آنکه گواهی بیشتر است بر دیگری رجحان دارد و در صورت تساوی به قرعه باید پناه جست (برای تفصیل به کتب فقهی امامیه رجوع شود).

۴. اگر مدعی به در تصرف کسی نباشد مشمول حکم شق سوم خواهد بود. مترجم

۱- الاشباه والنظائر، ص ۲۵-۲۶. این قاعده در اشباه سیوطی (ص ۴۳) با عبارت «الاصل فی کل حادث تقدیر به اقرب زمن - اصل در هر امر حادث، نسبت دادن آن به نزدیکترین زمان است.» آمده است.

۲- این قاعده در مذهب حنفی استثنائاتی دارد که مهمترین آنها را ابن نجیم نقل کرده است: «چنانچه قاضی پس از عزلش بکسی بگوید از تو هزاری گرفتم و آنرا بزید پرداختم و چنین حکم کردم میان شما. و محکوم علیه بگوید آنرا بهستم گرفتی. قول قاضی صحیح است، با اینکه سزاوار است امر حادث بنزدیکترین زمان خود که وقت عزل است اضافه گردد. و برخی بدینسان گفته اند و سرخسی نیز آنرا اختیار کرده است (از اشباه در محل مذکور).

این قواعد در مواردی بکار میرود که سبب ترجیح در آنها معین شده باشد و در غیر اینصورت زمانی که دلائل طرفین معارض یکدیگر باشند چگونگی حکم بستگی باحوال و بمقتضای مذاهب مختلف دارد. یا بمقتضای دلائل هر دو طرف باید عمل کرد و یا بعلمت معارضه، دلائل هر دو طرف را مردود باید شناخت و یا برای ترجیح یکی برد دیگری از قرعه استفاده کرد. و چون بحث ما راجع بکلیات است، در این کتاب نمیتوانیم بتفصیل آن بپردازیم و آنچه را که در مجله و دیگر مذاهب در این خصوص ذکر شده است توضیح دهیم.

اگر بکتاب فقه اسلامی مراجعه کنیم، به این نتیجه میرسیم که نظریه ترجیح دلائل بقاعده عمومی «البینه علی المدعی» - دلیل بردوش خواهان است - برمیگردد. ولی فقها در این مورد بحثهای درازی نموده و مثالهای فراوانی آورده اند. بطوریکه قواعد و ضوابطی از آن همه بحث و تتبع بوجود آمده که از قدما بمتأخرین و بالاخره بمجله احکام عدلیه رسیده است و اثر آنها اینست که در امر تحقیق دعوی دست و پای قاضی را می بندد. در صورتیکه اگر قاعده برتری دلائل نبود و تطبیق حدیث «البینه علی المدعی» .. با مسائل عملیه بدانش و بینش قاضی سپرده میشد، دسترسی به حق و عدالت آسان تر و این عمل به روح سنت نزدیکتر میبود.

اکنون باید دانست که راههای عمده اثبات و یا حجت های شرعی به سه گونه اند: اقرار، بینه، سوگند. و ما چگونگی این حجت ها را با متفرعات مربوط بآنها از قبیل تناقض و قرائن بطور مختصر و کلی با ذکر امثله ای از مجله و بدون تعرض بذکر مسائل تفصیلیه فرعی^۱ نقل خواهیم کرد.

بخش دوم

اقرار

اثر اقرار

نیرومندترین دلیل اثبات دعوی، اقرار مدعی علیه (خوانده) است و معنی آن اینست که خوانده خواسته را بپذیرد و یا «بزیان خود گواهی دهد».

اقرار الزام آور است. و بهمین معنی در المجامع^۱ و ماده ۷۹ مجله آمده است که: «المرء مواخذ باقراره» (مرد با اقرار خود مأخوذ میگردد)، و دلیل آن آیه کریمه: «كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم»^۲ و حدیث شریف «قل الحق ولو على نفسك» - حق را بگو گرچه بزیان خودت باشد»^۳ میباشد.

۱- المنافع، ص ۳۳۱.

۲- سورة نساء (۴) ۱۳۵.

۳- این قسمتی از حدیث «صل من قطعك، واحسن الى من الساء اليك، وقل الحق ولو على نفسك» - صله کن به کسی که از تو بریده است و نیکی کن به کسی که بر تو بدی کرده است و حق را بگو، گرچه بزیان باشد، است که سیوطی آنرا از ابن النجار در جامع صغیر، شماره ۵۰۰۴ نقل کرده است.

برای صحت اقرار لازم است که اقرار کننده خردمند و بالغ و مختار و رشید باشد. پس اقرار مکره و صغیر و دیوانه و دیگر مصادیق محجور علیهم صحیح نیست. در موارد حقوق خصوصی یا حقی که متعلق بیکى از افراد جامعه است، رجوع از اقرار پذیرفته نیست ولی در حقوق حدود، از قبیل حد زنا و شرب خمر، که از حقوق الهی است و برای کسی در آن حقی نیست. بنظر جمهور حقوقدانان اسلامی میتوان از اقرار رجوع کرد. دلیل این مطلب حدیث نبوی: «ادروُ الحدود بالشبهات» - حدود را در زمینه وجود شبهه، برانید^۱ است ولی برخی از فقیهان از جمله پیروان مذهب ظاهری در امور کیفری نیز رجوع از اقرار را بی اثر میدانند و حدیث مزبور را صحیح نمیدانند و می گویند این قولی است که فقط از ابن مسعود و عمر نقل شده است^۲.

دیگر اینکه بنا بر آنچه در قواعد المجامع^۳ آمده است: «اقرار نسبت بغیر سرائت نمیکند». و معنایش اینست که اقرار دامنگیر کسی جز اقرار کننده نمیشود بر خلاف بیمه که دامنگیر دیگران نیز میشود. و بطوریکه در قواعد الاشباه^۴ و نیز در مجله آمده است «بیمه حجتی است که بدیگران نیز تجاوز میکند ولی اقرار از شخص اقرار کننده پافرا تر نمی نهد» - مثلاً اگر خواننده ها متعدد باشند و یکی از آنها اقرار کند و دیگران در حال انکار بمانند، اقرار فقط نسبت به شخص مقرر نافذ است. ولی چنانچه خواهان دعوی خود را با گواه ثابت کند همه خواندگان را فرا میگیرد.

۱- بنقل سیوطی از کامل ابن عدی. ر.ک. به الاشباه والنظائر، ص ۸۴.

۲- رجوع شود به المحلی از ابن حزم، ج ۸، ص ۲۵۲-۲۵۳.

۳- المنافع شرح المجامع، ص ۳۱۳.

۴- الاشباه از ابن نجیم، ص ۱۰۱.

آیا اقرار تجزیه پذیر است ؟

اقرار گاهی کامل و موافق با خواسته خواهان است ، و گاهی « موصوف » و زمانی « مرکب » میباشد .

اقرار موصوف آنست که پس از اقرار بخواسته بیان دیگری را بر آن بیافزاید و نتیجه حاصله را دگرگون سازد ، مثلاً خوانده به بستانکاری خواهان اعتراف کند و همچنین اضافه نماید که دین مؤجل بوده و هنوز وقت ادای آن فرا نرسیده است . اقرار مرکب بهنگامی است که خوانده کار دیگری را که با مورد اقرار مرتبط است با اقرار خود بیافزاید ، مثلاً بگوید بدهی داشته ولی آنرا پرداخت کرده است و یا خواهان او را از پرداخت بدهی بری ساخته است . آیا در چنین موارد همه گفتار خوانده رویهمرفته در نظر گرفته میشود یا اقرار او تجزیه میگردد و بآنچه بزیان اوست محکوم میشود و از او خواسته میشود تا از عهده اثبات قسمت اضافی بر آید ؟ در پاسخ این پرسش دو نظریه وجود دارد . نظریه نخست از حنفی و مالکی مذهب^۱ است که قائل بتجزیه اقرار هستند بنا بر این مقر ، به ایفای خواسته ملزم میشود

۱- حقوقدانان امامیه اقرار را وقتی صحیح دانسته اند که منجز هم باشد . رك، شهید ثانی شرح لمعه كتاب الاقرار . اما در کیفیت و شقوق تعلیق بحثهای فراوانی است و مجرد تعلیق موجب بطلان اقرار نمیشود ، در مسأله فوق یعنی در تعقیب اقرار بآنچه منافی با آنست دو صورت میتوان فرض کرد : اول اینکه دو جزء اقرار کاملاً متناقض و مختلف الاثر باشند ، در این صورت مقر با اقرار اول خود مأخوذ است و جزء دیگر چنانچه مستند بدلیل نباشد محکوم بطلان است . دوم اینکه جزء دوم قید یا وصف و یا حالتی را بیان نماید و یا استثنائاتی را ذکر کند ، در اینصورت برخی بهمان قول اول رفته اند ولی غالباً بر این قائلند که چنین اقراری قابل تجزیه نیست و باید جزئی از اقرار شمرده شود . مترجم

۲- الاختیار شرح المختار از موصلی (ج ۲ ، ص ۲۵) ، والبدائع (ج ۷ ، ص ۹۰۸) و شرح مختصر سیدی خلیل از عبدالله خرسی (ج ۴ ، ص ۳۰۷ و ۳۰۹) .

و نسبت به مازاد بعنوان خواهان تلقی می‌گردد. پس اگر خواننده بدهی اقرار کند ولی مدعی پرداخت آن گردد یا مدعی شود که زمان پرداخت آن هنوز فرا نرسیده است در اینصورت بدهی او از راه اقرار ثابت است و نسبت به ایفا و تاخیر در حکم مدعی است و باید از عهده اثبات آن بر آید.

پروان نظریه دوم اقرار را تجزیه ناپذیر میدانند پس اگر خواننده ای به بدهکار بودن خود اقرار کرد ولی آنرا مدت دار اعلام نمود، پیش از سپری شدن مدت مجبور به پرداخت آن نیست. و بطوریکه ابن قیم میگوید: «اقرار او با وصف معینی همراه بوده است و الزام او، بدون توجه به وصف مزبور مانند الزام خواننده به چیزی است که اقرار بدان نکرده است».

و از حماد بن سلمه نقل شده است که کسی ادعا کرد که از دیگری مبلغ هزار درهم طلب دارد و دلیلی برای اثبات این ادعا نداشت پس شکایت به عبدالملک بن یعلی قاضی بصره بردند و خواننده پس از اقرار باصل بدهی گفت آنرا پرداخته‌ام. خواهان بآن قسمت از سخن او که مشتمل بر اقرار بود تمسک جست و از بقیه صرف نظر کرد. قاضی عبدالملک گفت: «اگر میخواهی به همه گفتار او تمسک کن و اگر میخواهی از همه آنها صرف نظر کن».

قول مختار در مذهب حنبلی و مذهب ظاهری^۱ و معظم قوانین جدید مانند آئین دادرسی مدنی لبنان (در دو ماده ۲۲۶-۲۲۷) و قانون تنظیم دادگاههای شرعی لبنان (ماده ۴۴) و قانون بینات سوریه (ماده ۱۰۱) بر تجزیه ناپذیر بودن اقرار است. و این نظریه ای موجه و عادلانه است. چه، اگر بستانکار بطلب خود برسد و دوباره آنرا ادعا کند و بدهکار دلیلی بر پرداخت نداشته باشد و بدهی و پرداخت آن اقرار

۱- المعنی از ابن قدامه (ج ۵، ص ۲۸۵) والمحلّی از ابن حزم (ج ۸، ص ۵۰ و ۲۵۲ و ۲۵۴) و اعلام الموقعین (ج ۳، ص ۳۱۷ و ۳۲۳).

کند طبق نظریه اول باید بار دیگر همان بدهی را بپردازد. بنابراین، باید دروغ بگوید و اصل دین را انکار کند تا دعوی بلحاظ عدم اثبات دین منتهی شود. در حقیقت نظریه تجزیه پذیر بودن اقرار مایه تشجیع دروغگویان میشود و راستگویان را تحت تعقیب و پیگرد قرار میدهد.

در مذهب شافعی گفتارها، در این مورد، مختلف است و غزالی در مورد اقرار بدین و ادعای تاخیر آنرا غیر قابل تجزیه ولی در مورد ادعای ایفاء آنرا تجزیه پذیر دانسته است.^{۱، ۲}

۱- کتاب الوجیز و شرح آن فتح العزیز از رافعی (که همراه با شرح المذهب چاپ

شده است، ج ۱۱، ص ۱۶۴).

۲- نظریه غزالی خیلی نزدیک به نظریه علمای امامیه است که شرح آن گذشت.

بخش سوم

بینه شخصی

حد پذیرش این دلیل

بینه در لغت مؤنث بین بمعنی روشن و آشکار و قاطع است و در اصطلاح بمعنی «حجت و دلیل نیرومند» بکار رفته است. چه ، «حق را روشن و آشکار میسازد». و در حقوق امروز بهمین معنی بر دو بخش تقسیم میگردد : بینه خطی ، و بینه شخصی. ولی در کتابهای فقهی بینه بر نوع دوم یعنی گواهی گواهان اطلاق شده است .

گواهی گواهان در بسیاری از قوانین بدون تردید و قید پذیرفته نشده است. چه بیم آن میرود که فراموشی گواه ، یا کتمان گواهی . یا گواهی آمیخته به دروغ بسبب دوستی ، یا گول خوردن ، یا رشوه گرفتن^۱، در میان باشد. از اینرو قوانین در پذیرفتن بینه شخصی سختگیریهائی کرده است و دسته ای از قوانین استفاده از بینه شخصی را در امور مدنی بطور کلی روا ندانسته است ، مگر در برخی از موارد استثنائی . و دسته ای دیگر آن را در کلیه احوال پذیرفته است ولی برای گواهان حد نصاب معین کرده و شماره و تعداد

۱- این تعریف مجله در ماده ۱۶۷۶ می باشد .

۲- لوزایل میگوید: (Inst. cout, liv.V, tit.V) Qui mieux abreuve mieux preuve

آنرا مشخص نموده است .

غالب قوانین امروزی جزو دسته اول بشمار میروند که بینة شخصی را در امور کیفری بدون هیچگونه قید پذیرفته‌اند. ولی در امور حقوقی از قبول آن سرباز زده‌اند مگر در برخی از احوال استثنائی . آئین دادرسی مدنی لبنان بینة شخصی را در قبال سند نوشته و همچنین در مواردیکه میزان خواسته بیش از پنجاه و پنج لیره لبنانی^۱ باشد، نپذیرفته‌است، مگر در چند حالت استثنائی محدود^۲. در شریعت اسلام، بنا بر رأی مختار نزد جمهور فقیهان، استفاده از بینة شخصی و شهادت در کلیة احوال جایز است ولی در حد نصاب و عدد آن در مذاهب گوناگون اختلاف نظر وجود دارد.

دانشمندان اسلامی چنین توضیح داده‌اند که «شرط عدد در گواهی امری است تبعدی و غیر قابل قیاس چه برتری راستی... با عدالت است نه با عدد»^۳ و اینک مراتب گواهی را بطور اختصار شرح میدهم و به ذکر مطالب عمده قناعت می‌ورزیم .

مراتب گواهی

اول - گواهی چهار نفر

تمام مذاهب معتقدند بر اینکه نصاب گواهی در حد زنا شهادت چهار مرد است. بشهادت آیات شریفه: «الذین یرمون المحصنات ثم لم یأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم

۱- در ماده ۵۳ و ۲۴۱. این مبلغ در ماده ۸۰ آئین دادرسی مدنی عثمانی ده لیره عثمانی تعیین شده است. و بماده ۱۳۴۱ قانون مدنی فرانسه نیز رجوع شود.

۲- ماده ۲۴۲، قبول بینة شخصی را در امور تجاری و در افعال مادی و قهری (غیر از عقود و ایقاعات) و بمنظور تقویت و توضیح بینة خطی (اگر بینة خطی مبهم باشد) و بهنگام فقدان وعدم دسترسی به بینة خطی و غیر ممکن بودن تحصیل آن، جایز دانسته است.

۳- شرح الکنز از زیلعی، ج ۴، ص ۱۱۲.

با آغاز پیام آوری محمد بن عبدالله (ص) شروع شد و در سال ۶۳۲ م. بارحلت آن حضرت بپایان رسید. در این دوره کتاب یعنی قرآن کریم مصدر قانونگذاری بود. قرآن بمنظور راهنمایی بشریت از سوی پروردگار در مدت دو سال واندی بصورت وحی به پیغمبر رسید که قریب دوازده سال از این مدت پیش از هجرت در مکه مکرمه و باقی پس از هجرت در مدینه منوره اتفاق افتاد.

در این دوره علاوه بر منبع اساسی مذکور در امر قانونگذاری از « سنت پیغامبر، یعنی قول و فعل و تقریر او (ص) نیز استفاده میشد.

قرآن و سنت پایه‌های دین و شریعت اسلام را وضع کردند و مبادی ایمان و عبادات و قواعد دعوت اسلامی و نظام خانوادگی و معاملات و قوانین کیفری را بیان نمودند و مهمترین این مبادی بقرار زیر است:

۱- نظام مشورت در حکم، و ضرورت تقید حاکم اسلامی به مراعات مصالح عمومی و نصوص قانونی.

۲- امر به‌دادگری و نیکوکاری و برابری و برادری انسانی.

۳- منع از جنگ‌های تجاوز کارانه و جواز جنگ‌های دفاعی و کوشش در سازش و آرامش.

۴- بهبود وضع زنان و محجوران.

۵- آزادی مالکیت‌های فردی و لزوم وفا به عقدها و منع از نیرنگ و خدعه در معامله.

۶- فرق گذاشتن میان حق الله یا حق عمومی، و حق خصوصی و شخصی در امور کیفری.

این بود برخی از نوآوریهای اسلام در مبادی حقوق عمومی که بر عادات قدیمی عرب افزود و تردیدی نیست که بحث مفصل آنها از موضوع کتاب ما خارج است.

ثمانین جلده، «لولا جاءوا عليه باربعة شهداء فاذا لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون»، «واللاتی یأتین الفاحشة من نسائکم فاستشهدوا علیهن اربعة منکم...»^۱. علت سختگیری در این قضیه، برای احتیاط در حفظ آبروی مردم است و شهادت زنان در این خصوص پذیرفته نیست مگر بنا بر روایتی که از حماد و عطاء شده است و بموجب آن گواهی سه مرد و دو زن را در این امور جائز دانسته‌اند. همچنین داود ظاهری گواهی دو زن را بجای یک مرد پذیرفته است و بنظر او با گواهی هشت زن حد زنا ثابت می‌گردد^۲،^۳. حسن بصری قتل را بزنا همانند کرده و گفته است که اثبات آن با چهار گواه است^۴.

دوم - شهادت سه نفر

امام احمد بن حنبل می‌گوید اگر کسی به دارا بودن شناخته شود و ادعای اعسار کند باید سه نفر گواه برای اثبات ادعای خود اقامه کند و استناد او بحديث قمیصة بن مخارق^۵ است.

سوم - گواهی دو مرد

۱- سورة نور (۲۴) ۴ و ۱۳، سورة نساء (۴) ۱۵.

۲- فقیهان امامیه زناى محصنه را با گواهی سه مرد و دو زن عادل و زناى غیر محصنه را با گواهی دو مرد و چهار زن عادل قابل اثبات دانسته‌اند. رک، به شرح لمعه، کتاب الشهادات، فصل دوم. مترجم

۳- المغنی (ج ۱۰، ص ۱۷۵)، والمحلّی (ج ۹، ص ۳۹۵).

۴- المغنی، ج ۱۲، ص ۶ به بعد.

۵- الطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة از ابن قیم جوزیه، (مصر، ۱۳۱۷ هـ)،

ص ۱۴۴.

۶- گواهی دو مرد نزد فقیهان امامیه برای اثبات کلیه امور غیر مالی بسنده است.

گواهی دو مردیکه حائز همه صفات و شرائط شرعی مطلوب باشند برای اثبات کلیه قضایا بعقیده همه مذاهب کافی است. بدلیل آیات شریفه: «شهادة بینکم اذا حضراحدکم الموت اثنان ذوعدل منکم او احران من غیرکم»، «فاذا بلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوی عدل منکم واقیموا الشهادة لله...»^۱ که در مورد وصیت و طلاق است و نیز به استناد حدیث شریف «شاهدک او یمینه - دو گواه تو یاسو کند او»^۲ در همین مورد.

گواهی دو مرد عادل نزد همه فقیهان اسلام برای اثبات کلیه اتهامات جزائی، جز زنا، ضروریست و بعقیده مالک و احمد بن حنبل برای اثبات دعاوی غیر مالی از قبیل ازدواج و طلاق و غیره نیز کافی است. و در امور مذکور گواهی زنان پذیرفته نیست مگر بموجب نظریه عطا و حماد و مذهب ظاهری بشرحی که گذشت.^۳

چهارم - گواهی دو مرد یا یک مرد و دو زن^۴

این نصاب شرعی را قرآن کریم در مورد تنظیم سند بدهکاری مدت دار بیان داشته است: «... و استشهدوا شهیدین من رجالکم فان لم یکونا رجلین فرجل و امرأتان»^۵.

چنین گواهی را فقها در امور مالی مانند بیع و قرض و غصب و بدهی ها متفقاً

۱- مائده (۵) ۱۰۶، و طلاق (۶۵) ۲.

۲- در صحیح بخاری روایت شده است. رجوع شود به شرح عینی، ج ۱۳، صفحه

۲۴۳ و ۲۴۸.

۳- بدایة المجتهد از ابن رشد (ج ۲، ص ۳۸۵)، و المحلی از ابن حزم و المغنی

(ج ۱۲) در محلهای مذکور، و شرایع الاسلام (چاپ تبریزی، ۱۳۲۵ هـ، ص ۳۳۴).

۴- گواهی دو مرد یا یک مرد و دو زن و یا یک مرد و دو زن مدعی و یا دو زن سوگند

مدعی نزد جمهور فقیهان شیعه امامیه برای اثبات امور مالی از هر قبیل که باشد کافیست. مترجم

۵- سورة بقره (۲) ۲۸۲.

پذیرفته‌اند. و مذهب حنفی آنرا در جمیع امور مدنی اعم از حقوق مالی و غیر مالی (مانند زناشوئی و طلاق) قبول کرده است ولی بطوریکه گفتیم در حقوق الله یعنی مسائل جزائی و امور مربوط به اجرای حدود کفایت آن مورد تأیید قرار نگرفته است و مجله نیز نظریه مذهب حنفی را پذیرفته است (ماده ۱۶۸۵).

میان مذمبه‌های اسلامی تنها مذهب اهل ظاهر گواهی یک‌مرد و دو زن را در تمام امور مدنی و کیفری (جز مورد زنا) برای اثبات دعاوی کافی دانسته است^۱.

پنجم - گواهی یک‌مرد با سوگند خواهان

این چنین گواهی در مذهب حنفی و بنظر امام اوزاعی ولیث از اصحاب مالک پذیرفته نیست. ولی در دیگر مذاهب همچنین به نظر حقوقدانان دیگر در امور مالی باستناد سنت پذیرفته و مقبول است. چه روایت شده است که پیامبر با گواهی یک نفر گواه و سوگند خواهان بر صدق دعوی خود^۲ قضاوت کرد. ابوبکر صدیق و علی بن ابیطالب و عمر بن عبدالعزیز نیز بر این روش قضاوت کردند.

ولی مخالفان این نظریه میگویند که قرآن کریم بگواهی دو مرد یا یک‌مرد و دو زن تصریح کرده است و قضاوت منقول از پیغمبر در مورد قضاوت به شهادت یک گواه و سوگند مدعی خبر واحد است و خبر واحد نمیتواند ناسخ نص قرآن باشد.

۱- راجع به تمام این مطالب به مراجعی که قبلاً ذکر شد مراجعه شود.

۲- آنرا مالک در الموطأ (شرح آن تنویر الحوالک، ج ۲، ص ۱۰۸) و شافعی در مسند خود (حاشیه الام ج ۶، ص ۱۵۶) و مسلم در صحیح خود (ج ۵، ص ۱۲۸) و احمد بن حنبل و صاحبان سنن چهار گانه و الدارقطنی و دیگران روایت کرده‌اند. مراجعه شود به نیل الاوطار (ج ۸، ص ۲۸۵) و شرح عینی بر بخاری (ج ۱۳، ص ۲۴۴ به بعد) و شرح نووی بر مسلم (ج ۱۲، ص ۴).

گواهی زنان

از حقایق مسلم است که تجربه زنان در امور زندگی عملی از مردان کمتر است. و از قدیم نیز چنین بوده است. برخی از شرایع، از جمله شریعت یهود^۱، مطلقاً گواهی زنان را نپذیرفته است^۲، و برخی نیز با احتیاط و در موارد استثنائی شهادت زنان را پذیرفته اند. در برخی از کانون های سویس در اوائل قرن نوزدهم قانونی بود که بموجب آن گواهی دو زن بجای گواهی یک مرد معتبر شمرده میشد. و قانون قدیم فرانسه گواهی زن را با گواهی مرد برابر نمیدانست^۳. قانون ناپلئون نیز پیش از تعدیلهائی که در اواخر قرن گذشته در آن راه یافت^۴، در وصیت و برخی دیگر از احوال شخصی فقط شهادت مردان را می پذیرفت^۵.

علاوه بر نا آزمودگی عملی زنان، زن عرب بدوری از مردان نیز متصف بود، و مذهب اسلام بدین نکته نیز توجه داشت و در اموریکه اصولاً مردان از آن بی اطلاع هستند گواهی زنان را معتبر شمرده و در امور اقتصادی که عادةً دخالت و اطلاع زنان کمتر از مردان است گواهی دوزن را بمنزله گواهی یک مرد دانست و در آیه کریمه برای تشویق به تنظیم مسند در بدهی های مدت دار چنین آمده است: «فان لم یکونا رجلین فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهاداء ان تضل احدهما فتدکر احدهما الاخری»^۶ این اندازه اعطاء حقوق به زنان بامقایسه وضع آنان در جاهلیت، دورانی

۱- کتاب المقارنات از سید محمد حافظ صبری، ماده ۵۱.

۲- در خصوص این مثالها و مثالهای دیگر به طرح پیشنهادی دکتر الفرد ثابت: «بینه شخصی در قانون عثمانی»، رجوع شود. (La preuve testimonial en droit ottoman) چاپ لیون، ۱۹۲۷، ص ۲۹-۳۱.

۳- ماده ۳۷ و ۹۸۰ از همان قانون، قبل از تعدیل آندو ماده بوسیله قانون مصوب ۷ کانون اول سال ۱۸۹۷.

۴- سورة بقره (۲) ۲۸۲.

که دختران را زنده بگور میکردند و زنان از غالب حقوق مدنی مانند ارث و غیره محروم بودند، پیشرفت قابل ملاحظه‌ای بود.

در گذشته چگونگی گواهی زنان را به همراهی گواهی مردان و اختلافات موجود در مذاهب را در این باره بررسی کردیم و اکنون به مواردی که شهادت زنان به تنهایی در آنها معتبر است می‌پردازیم.

در حدیث شریف آمده است که: «شهادة النساء جائزة فی ما لا یستطیع الرجال النظر الیه - شهادت زنان در مواردی جایز است که مردان نمی‌توانند شاهد و ناظر آن باشند»^۱. و عده مذاهب بر این امر اتفاق دارند و مجله می‌گوید: «گواهی زنان در حقوق مالی، فقط در مواردی که برای مردان اطلاع بر آن ممکن نیست، پذیرفته میشود» (ماده ۱۶۸۵). از جمله این موارد زایمان و عیوب زن و چیزهایی از این قبیل است، همچنین رضاع نزد جمهور فقیهان بجز حنفیان^۲.

در موارد مزبور در نصاب گواهی زنان نیز اختلاف نظر وجود دارد و حنفیه و حنبلیه به پیروی از پیامبر اسلام که گواهی يك زن قابله را در امور ولادت^۳ پذیرفته

۱- زیلعی آنرا در شرح الکنز، ج ۴، ص ۲۰۹ ذکر میکند.

۲- در مذهب جمعی اموری که اطلاع مردان در آنها غالباً مشکل است بگواهی چهار زن و یادومرد (بغرض بودن) و بنا بقولی يك مرد و دو زن ثابت میشود مانند امر زایمان و ولادت و عیوب زن و نیز حیض و رضاع، بنا براقوی، و وصیت بمال و غیر آنها. و بنا برای مشهور دانشمندان حقوقی شیعه در مورد میراث نوزاد و وصیت بمال، اگر يك زن گواهی دهد که نوزاد زنده بدنیا آمده و یا کسی وصیتی بمال در باره دیگری کرده‌است در اینصورت، يك ربع سهم الارث و یا موصی به ثابت میشود و در صورت گواهی دو زن نصف آنها، و در صورت گواهی سه زن، سه چهارم آنها و بطوریکه گفتیم با چهار زن تمام آنها اثبات پذیرند. ر. ک، شرح لمعه، کتاب الشهادات، و تبصرة علامه، کتاب القضاء و الشهادات. مترجم

۳- آنرا زیلعی نیز در محل مذکور بیان میکند.

و باستناد بداد درسی علی بن ابیطالب و شریح قاضی و سایرین که شهادت يك زن را کافی شمرده اند . ولی در دیگر مذاهب گواهی دو نفر زن لازم است و مالك آنرا ، مگر در برخی از موارد استثنائی^۱ با گواهی مردان قیاس کرده است . و نصاب گواهی نزد عثمان بنی سه زن و بعقیده شافعی چهار زن است . شافعی در مسند خود بوسیله عطاء از پیغمبر روایت میکند که گفت: «فی شهادة النساء علی الشیء من امر النساء لایجوز فیه اقل من اربع» - نصاب شهادت زنان در موردی از امور ایشان جایز نیست که کمتر از چهار (زن) باشد^۲. در دیگر احوال که مردان نتوانند بر آن اطلاع حاصل کنند ، امام مالك گواهی دو زن را با سوگند خواهان در قضیه های مالی جائز دانسته و این نیز یکی از دو نظر مذهب حنبلی است . همچنین از عمر بن خطاب و علی بن ابیطالب و قاضی شریح روایت شده است که در مورد طلاق و کابین زن و غیر آنها بگواهی چهار زن ترتیب اثر داده اند . و بطوریکه دیدیم در مذهب اهل ظاهر گواهی دوزن بمنزله گواهی يك مرد در تمام امور پذیرفته میشود^۳.

گواهی يك مرد

هر گاه گواهی يك مرد با سوگند خواهان تقویت شود به شرحی که قبلاً بیان شد ، در امور مالی نزد برخی از پیشوایان پذیرفته است . ولی بنا بر رأی مختار چنانچه خواهان سوگند نخورد ، شهادت يك مرد به تنهایی مقبول نیست و سبب آن ترس از گواهی دادن بدروغ و نیز کوشش در صیانت حقوق و اموال مردم است از تضییع .

۱- تفصیل این اقسام را در تبصرة الحکام ، ج ۱ ، ص ۲۴۰ مطالعه کند .

۲- مسند شافعی ، در حاشیه الام ، (ج ۶ ، ص ۲۵۳) .

۳- القوانين الفقهیه (ص ۳۱۰) ، و المحلی (ج ۹ ، ص ۳۹۷ به بعد) ، و المغنی (ج ۱۲ ،

ص ۱۵) ، و الطرق الحکمیة (ص ۱۳۷ و ۱۴۱) .

این امر در برخی از شرایع قدیم مانند قانون روم^۱ و قانون کلیسا و قانون قدیم فرانسه^۲ نیز چنین بود یعنی گواهی يك مرد را مردود می‌شمردند و یا با نهایت احتیاط آنرا می‌پذیرفتند، و از اینرو بسیاری از قوانین امروزی بینة شخصی را در امور مدنی بجز در احوال استثنائی، دلیل کافی نمی‌شمارد و در اثبات حکم در امور مهم تعدد گواهان را برای صدور حکم لازم میدانند، مانند قانون انگلستان که برای اثبات بزه خیانت بزرگ^۳ گواهی دو گواه را شرط میداند. با وجود این مذهب حنفی گواهی يك مرد را در امور استثنائی، از قبیل ولادت، کافی دانسته است. پذیرش گواهی مرد در این قبیل موارد از راه اولویت است. چه، بطوریکه دیدیم، در این قبیل از امور گواهی يك زن نیز کافی مینمود^۴. همچنین است گواهی يك آموزگار در کارهای مربوط بکودکان^۵ و گواهی يك کارشناس در ارزیابی آنچه که ضایع و تلف شده است و نیز گواهی يك مرد در تزکیه و جرح گواهان و در خبر دادن از عزل و کیل و عیب مبیع و مواردی دیگر از این قبیل^۶.

۱- دیوستا (D. liv. XXII, tit. 5, fr. 12) ، و کورکس (C. Iv, tit. 20, 1, 9) .

و با این مثال لاتینی آمده است : *Testis unus testis nullus* مقایسه شود. *Ut unus testimonium nemo iudicum in quacumque causa facile patiatur addmitti*

۲- رك ، به کتاب قانون مدنی فرانسه از پلانیول (ج ۲ ، شماره ۱۱۰۵) و طرح پیشنهادی دکتر تابت (ص ۱۱۰) و کتاب الزامات از پوتیه (*Pothier, oblig no. 783*) و کتاب بینات از بونیه (*E. Bonnier, Traité des preuves*) چاپ پاریس ، ۱۸۸۸ ، ص ۳۰۳ .

۳- کتاب هاریس، قانون کیفری (*Harri's principles and practice of the criminal law*) لندن ، ۱۹۲۹ ، ص ۳۶ .

۴- از زیلعی در محل مذکور .

۵- الدرالمختار (ج ۲ ، ص ۳۴۴) نقل از قهستانی و برجندی .

۶- ابن وهان در منظومه الوهانیة (که در حاشیة المحبیه سال ۱۲۹۶ ، چاپ *)

و از همین قبیل است قول مترجم که به کمک آن دادرس از سخنان طرفین دعوی و یا گواهانی که بزبان رسمی آشنائی ندارند ، مطلع میشود . در قواعد کلمی الاشباه و النظائر^۱ و مجله صراحت دارد که : « گفتار مترجم بطور مطلق پذیرفته میشود » (ماده ۷۱) و بنظر ابوحنیفه و ابویوسف و امام مالک ترجمه تنها مترجم عادل کافی است . ولی بنظر محمد بن حسن شیبانی و دیگر پیشوایان ، بنا به رجحان روایات منقول از ایشان ، ترجمه نیز مانند گواهی و شهادت است و قول يك مترجم پذیرفته نیست^۲ . فقیهان حنفی براین نظر رفته اند که نصاب گواهی امری است تبعدی و برخلاف قیاس ، و نیز آنچه مایه ترجیح میشود عدالت گواه است نه تعدد او^۳ یعنی ارزش شهادت با شخصیت شاهد و میزان عدالت او سنجیده میشود ، و لذا افزونی گواه ، نزد آنان ، باعث برتری دلائل بشمار نمی آید و بطوریکه در بحث آینده خواهیم دید حنفیان صدور حکم را بمقتضای قرائن احوال عرفی تجویز کرده اند .

همچنین اشاره بدین نکته لازم است که عده ای از فقیهان اسلام گواهی يك مرد راستگو را کافی برای اثبات دانسته اند . و ابن قیم جوزیه یکی از این فقیهان است که میگوید : « حقیقت این است که هر آنچه حق را آشکار کند ، بیمه شمرده

* شده است ، ص ۶۱) یازده مورد یاد میکند و ابن نجیم مورد دیگری بر آن میافزاید (الاشباه ص ۸۸) و علی حیدر (در شرح ماده ۱۸۲۵ مجله) به نقل از ابو سمود پانزده مورد ذکر میکنند . برای اطلاع از برخی از این موارد بنظر مالکیان بکتاب تبصرة الحکام ، ج ۱ ، ص ۲۳۱ به بعد رجوع شود .

۱- از ابن نجیم ، ص ۵۱ .

۲- تفسیر این موضوع در الخانیة (در حاشیه هندی ، ج ۲ ، ص ۳۷۸) و شرح عینی بربخاری (ج ۲۴ ، ص ۲۶۶) و نیل الاوطار (ج ۸ ، ص ۲۳۴) و تبصرة الحکام (ج ۱ ، ص ۲۳۷) آمده است .

۳- زیلی ، ج ۴ ، ص ۲۱۲ .

میشود و چنانچه حقی بطریقی از طرق آشکار شود خداوند و پیامبر او بدان بی‌اعتنا نمی‌مانند و جز به مقتضای آن حکم نمی‌کنند. پس حق بهر صورت و از هر راهی که تجلی کند، تنفیذ و اجرای آن واجب و تعطیل و ابطال آن حرام است.^۱

باز می‌گوید: «هرگاه دادرس، البته در غیر امور کیفری، براسستی و صدق گفتار يك گواه مرد پی‌برد جایز است که بمقتضای آن رأی صادر کند. زیرا خداوند بر دادرسان واجب ننموده است که بگواهی دو گواه حکم کنند، بلکه حقدار و خواهان را دستور داده است که برای حفظ حق خود دو نفر مرد یا يك مرد و دوزن را بر آن گواه بگیرد. و این دلیل نیست که قاضی نتواند بکمتر از آن حکم کند، چه پیغمبر با يك گواه و سوگند و یا فقط با يك گواه حکم داده است»^۲ و بعبارت دیگر «راههایی که برای کشف حقیقت در برابر قاضی وجود دارد وسیع‌تر از راهیست که خداوند حقدار را برای حفظ حق خود بدان راهنمایی فرموده است»^۳.

همچنین ابن‌قیم به این گفتار شیخ الاسلام ابن تیمیه استناد میکند و می‌گوید قرآن کریم گواهی دو گواه مرد و یا يك گواه مرد و دو گواه زن را از طرق و وسائل حکم قاضی شمرده است. بلکه قرآن در مقام بیان این معنی است که با این دو نوع از بیمه، انسان میتواند حق خود را حفظ کند.

ابن‌قیم به کردار پیامبر استناد کرده است در پذیرش گواهی يك اعرابی، به تنهایی، در مورد رؤیت هلال ماه رمضان، و پذیرفتن گواهی يك نفر در قضیه نهب غارتی، بنا بر روایت ابو قتاده، و پذیرفتن گواهی يك زن در کارهایی که فقط زنان از

۱- اعلام الموقعین، ج ۱، ص ۱۹۲-۱۹۳.

۲- الطرق الحکمیه، ص ۶۶-۶۷.

۳- اعلام الموقعین، ج ۱، ص ۸۱.

۴- الطرق الحکمیه، ص ۷۰.

آنها با خبر میشوند و اینکه گواهی خزیمه را بجای گواهی دومرد قرارداد و گفت: «من شاهد له خزیمه فحسبه - کسی که خزیمه برای او شهادت دهد، برای او کافی است»^۱.

بطوریکه قبلا دیدیم فقیهان حنفی مذهب، در خصوص قاعده: «آنچه بخلاف قیاس ثابت شود، نمیتوان مورد دیگری را بر آن قیاس کرد» به همین حدیث استناد کرده اند. ولی ابن قیم این حدیث را دلیل بر قبول شاهد واحد میدانند و میگویند: «این وضع مخصوص خزیمه نیست بلکه شامل کسانی امثال او و افرادی برتر از او نیز میشود. پس اگر ابو بکر یا عمر و یا عثمان، یا علی یا ابی بن کعب هر يك بتنهائی بر امری گواهی دهند، پذیرفتن آن سزاوارتر است...»

استدلال ابن قیم بر این است که حدیث مبنی بر علتی است که همان راستگوئی خزیمه است، پس قاضی میتواند شهادت هر گواه واحد راستگوئی را بر آن قیاس کند. بعلاوه مضمون این حدیث مخالف قرآن نیست، بلکه دیگر موارد سنت سازگار با آنست. و بطوریکه پیشوایان بیان کرده اند: «سنت کتاب را تفسیر میکند و روشن میسازد و مطلق آنرا مقید میکند.»

برخی از قاضیان اسلام که شهرت تاریخی دارند مانند شریح و زرارۀ بن ابی اوفی نیز بر این قول رفته و بشهادت تنها گواه، در صورتی که صدق گفتار او معلوم شود، حکم کرده اند. ابو داود نیز در کتاب سنن خود از این قول پیروی کرده است و میگوید: «هر گاه دادرس بر راستگوئی يك نفر گواه پی برد جایز است که به مقتضای آن حکم کند»^۲. همچنین از قاضی ایاس بن معاویه (متوفی بسال ۱۲۲هـ)

۱- سند این حدیث قبلا بیان شد.

۲- در این موارد به الطرق الحکمیة (ص ۷۲ و ۷۵-۷۸) و کتاب السنن از ابو داود سجستانی (چاپخانه مصطفی محمد در مصر، ج ۳، ص ۳۰۸ شماره ۳۶۰۷) رجوع شود.

عصر خلفاء راشدین و امویان

پس از وفات پیام‌آور اسلام (ص) رأی زنان از صحابه و یاران او بمقتضای قرآن و سنت به حل و عقد قضایای اتفاقی می‌پرداختند و چون در موضوعی نص خاص نمی‌یافتند به مشورت می‌پرداختند و باجماع و قیاس متوسل می‌شدند. بنا بر این دو مصدر دیگر یعنی اجماع و قیاس بر مبنای قانونگذاری افزوده شد و مصادر چهارگانه حقوقی که در باب آینده بررسی خواهد شد، بوجود آمد.

ابوبکر صدیق و عمر بن خطاب و عثمان بن عفان و علی بن ابیطالب به امر فتوی و دادرسی پرداختند. خصوصاً عمر فاروق که بزرگترین مؤسس دولت اسلامی پس از پیغمبر (ص) بود و توجه تمام به حقیقت شریعت داشت و آن را بادوراندیشی و نیرومندی و دادگری اجرا میکرد و نظام دولت و امور اداری کشور را بر وفق اقتضاء و تغییر زمان بنظم در می‌آورد.

در عهد صحابه و تابعین برخی از آنان در شهرهای مختلف اسلامی پراکنده شدند که از معارف آنان عبدالله بن عباس در مکه و زید بن ثابت و عبدالله بن عمر در مدینه و عبدالله بن مسعود و عبدالله بن عمرو بن عاص در مصر بودند و در هر شهری فتاوی صحابه یا تابعینی که در آن میان رحل اقامت افکنده بودند رونق پیدا کرد.

در این عصر میان اهل سنت و شیعیان اختلاف پیدا شد. دسته اول پس از وفات پیغمبر بترتیب ابوبکر صدیق و عمر بن خطاب و عثمان بن عفان را بخلافت برداشتند اما شیعیان خلافت را حق علی بن ابیطالب دانستند و او را بخلافت از آن سه تن سزاوارتر و شایسته‌تر دیدند و از او پیروی کردند و شیعه (پیرو) نامیده شدند و اما اختلاف میان این دو دسته غالباً رنگ سیاسی داشت و چگونگی و تفصیل این مذاهب را در فصلهای آینده خواهیم دید.

در این عصر به فرمان ابوبکر صدیق قرآن کریم بوسیله زید بن ثابت جمع-

نقل شده است که تنها بگواهی عبدالعزیز بن صهیب ترتیب اثر داده است.^{۱، ۲}

شرط عدالت

بجز نصاب گواهی که بیان آن گذشت، عدالت گواه نیز شرط است و گواهی کسی که بدروغگویی یا بدکاری و بد اخلاقی مشهور شده است پذیرفته نیست و در برخی مذاهب، از جمله در مجله تحقیق در عدالت گواه و تزکیه او بطور آشکار و نهان لازم شمرده شده است.^{۳، ۴}

و نیز گواهی کسی بر دیگری که در امور دنیوی باهم دشمنی دارند پذیرفته نیست. همچنین است شهادت کسی که با مشهود له (آنکه شهادت بنفع او تمام میشود) دوستی و علاقه‌ای از قبیل خویشاوندی و استخدامی و شرکت و کفالت و ادخال آنرا داشته باشد و بیم آن رود که داعیه گواهی او «دفع زیان و یا جلب سود» است.^۵

۱- المعارف از ابن قتیبه (ص ۲۰۷) وابن خلکان (ج ۱، ص ۸۱-۸۲).

۲- هرگاه حاکم برآستی گواهی گواه واحد علم پیدا کند در حقیقت به مقتضای علم خود حکم میدهد نه شهادت شاهد. چنانچه ممکن است حاکم از راه دیگری نیز به صدق گفتار خواهان علم پیدا کند و بمقتضای آن حکم دهد و فقه امامیه، بنا بر مشهور، بقاضی اجازه داده است که موافق علم خود رأی دهد. مترجم.

۳- مراجعه شود به ماده ۱۷۱۶ و مواد بعدی. نزد ابوحنیفه وقتی تزکیه گواهان ضروریست که مشهود علیه بر عدالت آنان خرده بگیرد.

۴- در حقوق امامیه، بلوغ و کمال عقل و ایمان و عدالت و انتفاء تهمت و غیره برای گواه لازم است. رک، شرح لمعه کتاب الشهادات. مترجم.

۵- بطوریکه گفتیم یکی از صفات گواه در حقوق امامیه انتفاء تهمت است، بهمین سبب گواهی شریک در مورد شرکت و شهادت وصی در امر ولایت خود، و نیز شهادت دشمن دنیوی پذیرفته نیست و برخی گواهی اهل ذمه را قابل قبول دانسته اند. رک، شرح لمعه، کتاب الشهادات. مترجم.

بنابر این گواهی پدر برای پسر و شهادت پسر بسود پدر روانیست ولی شهادت آنها بزیان یکدیگر رواست. همچنین است گواهی زن وشوهر، بر یکدیگر^۱، فقط شافعی گواهی آندو را بسود هم جایز دانسته است.^۲

البته شایسته است که عدالت گواه، بطور نسبی، مورد بررسی قرار گیرد. یعنی عدالت شاهد باید با مقایسه بمحیط و زمینه اجتماع او سنجیده شود و لذا برخی از پیشوایان مالکیه به هنگام ضرورت گواهی غیر عادل را پذیرفته و همچنین شهادت مجهول العداله را در امور ناچیز و غیر قابل توجه، قبول کرده اند.^۳

بحث در این مورد ومواردی دیگر از قبیل پذیرش گواهی کور و کودک چون از امور تفصیلی هستند نه از قواعد عمومی، در این کتاب مورد بررسی قرار نگرفت.^۴

سوگند گواه

در شریعت اسلام در این خصوص دو عقیده است. قول اول بر این است که گواهی خود معنی سوگند را در بر دارد و گواء را نباید سوگند داد. حنفیان در کتابهای معتبر خود بر این عقیده اند.

قول دوم بر سوگند دادن بگواه است چه در این زمانه و دوران، عدالت گواه پنهان و ناشناخته است پس باید با ادای سوگند آنرا تقویت کرد. امام ابولیلی

۱- در حقوق جعفری گواهی کلیه خویشاوندان له و علیه یکدیگر قابل قبول است، فقط عده ای شهادت پسر را علیه پدر نپذیرفته اند. مترجم

۲- منهاج الطالبین، ص ۱۳۵.

۳- تبصرة الحکام، از ابن فرحون، ج ۲، ص ۲۱.

۴- به تفصیل آن در مجله مواد (۱۶۹۶ - ۱۷۰۵) و شرح زیلعی بر الکنز (ج ۴،

وقاضی قرطبه محمد بن بشیر و دیگران از دادرسان پیشین بر این عقیده اند. ابن نجیم حنفی نیز این قول را ترجیح داده است و پیشوای مشهور حنبلیان، ابن قیم جوزیه میگوید: «اگر قاضی بتواند بهنگام تردید و دو دلی در صحت گواهی گواهان از یکایک آنان منفرداً استماع گواهی کند پس در اینصورت مطالبه سوگند از ایشان سزاوارتر است». همچنین است در مذهب مالک، اگر گواه در معرض اتهام باشد^۱.

مجله احکام عدلیه از قول دوم پیروی کرده میگوید: «اگر کسی که گواهی بزیان او است پیش از صدور حکم مصرانه از دادرس بخواهد تا گواهان را سوگند دهد که در گواهی خود دروغگو نیستند، و در آن مورد تقویت گواهی با سوگند لازم باشد، حاکم میتواند که گواهان را به ادای سوگند وادار، بآنان بگوید اگر سوگند بخورد گواهی شما را میپذیرم والا نه»، (ماده ۱۷۲۷).

قوانین امروز سوگند دادن بگواه را پیش از ادای گواهی لازم میدانند و در آئین دادرسی مدنی لبنان چنین آمده است: «پیش از ادای شهادت بر هر گواه واجب است که سوگند بخورد بر اینکه تمام حقیقت را خواهد گفت و جز بر راستی شهادت نخواهد داد». (ماده ۲۷۲)^۲.

۱- الطرق الحکمیة فی سیاسة الشرعیة (ص ۱۲۵) و قررة عیون الاخیار، تكملة رد المحتار (ج ۱، ص ۷۳) و شرح خرسی بر سیدی خلیل (ج ۵، ص ۱۸۷) و المحلی (ج ۹، شماره ۱۷۸۳، ص ۳۷۹).

۲- بهمین معنی است ماده ۸۹ نظام محاکم شرعی که بوسیله تصویبنامه شماره ۲۴۱ مورخ ۴ تشرین دوم سال ۱۹۴۲ صادر و با قانون ۴ کانون اول سال ۱۹۴۶ تعدیل شده است. در محاکم سنی سوگند دادن شاهده را پیش از ادای شهادت لازم میدانند و در دادگاههای جعفری آنرا با اختیار دادگاه سپرده است.

تواتر

اگر بینۀ دو طرف باهم تعارض کنند بنا بر رأی جمهور فقیهان برتری بسا بسیاری گواهان نیست^۱. بنا بر این مجله چنین میگوید: «کثرت گواهان را اعتباری نیست یعنی اگر گواهان يك طرف از گواهان طرف دیگر بیشتر باشند لزومی ندارد که آنرا دلیل برتری بدانیم مگر اینکه کثرت گواهان باندازۀ تواتر برسد»، (مادۀ ۱۷۳۲). تواتر در لغت «پیاپی آمدن چیزهاست یکی پس از دیگری» و در اصطلاح نقل پیاپی خبری است از مردمی که شمارۀ آنان باندازه‌ای باشد که بگفتار آنان علم حاصل شود^۲.

مجله میگوید: «خبر منقول از مردمی است که عقلاً سازش آنان بر دروغ گفتن جایز نیست»، (مادۀ ۱۶۷۷). و این تعریف در واقع برای خبر متواتر است نه خود تواتر. چه تواتر بطوریکه آمدی میگوید، پیاپی آمدن خبر است نه خود خبر.

تواتر نزد فقیهان از آشکارترین بینه‌ها و از گواهی گواهان نیز قوی‌تر است^۳. چه، بقول مجله، تواتر افادۀ علم و یقین می‌کند و نمیتوان از بینه برای اثبات خلاف آن استفاده کرد (مادۀ ۱۷۳۳). و شرط است که تواتر در نقل خبری ممکن از راه حسن و عقل باشد^۴ بطوریکه یقین حقیقی از آن حاصل شود.

۱- و همچنین ترجیح شهرت در عدالت نیست مگر نزد مالک. ر.ک، رحمة الامة فی اختلاف الائمة (بحاشیۀ میزان الشعرانی، ج ۲، ص ۲۰۶) و قوانین الفقهیه (ص ۳۰۲) و شرح المنار از ابن‌ملاک (ص ۲۳۳) و منهاج الطالبین (ص ۱۳۹) و المغنی (ج ۱۲، ص ۱۷۶) و البهجة فی شرح التحفة (ج ۱، ص ۱۴۵).

۲- الاحکام از آمدی، ج ۱، ص ۱۵۱.

۳- الطرق الحکمیة، ص ۱۸۰.

۴- ظاهراً اصولیون شیعه، موضوع خبر متواتر را فقط امر حسی میدانند. مترجم

در شماره کسانیکه بتواتر خبری را نقل میکنند اختلاف شده است. و رأی مختار شماره معینی را شرط نکرده است. بلکه مخبرین باید به تواتر خبر دهند و مجله نیز از این نظر پیروی کرده و میگوید: «جمع کثیری باشند که سازش آنان بر دروغ معقول نباشد» (ماده ۱۷۳۵).

و بنا بر این در این مورد امر بنظر قاضی واگذار شده است و چون باین ترتیب احتمال میرفت که احکام متعارضی صادر شود، لذا «دائرة فتوای شورای اسلامی عثمانی» شرط کرد که عده مخبرین نباید از بیست نفر کمتر باشد^۱ و دیوانعالی کشور عثمانی مقرر داشت که نباید عده خبر دهندگان از بیست و پنج نفر کمتر باشد^۲. این است حکم تواتر در مجله. ولی عملاً، از تواتر، سوء استفاده شد بهمین جهت استناد به تواتر در سوریه و لبنان بسال ۱۹۲۶^۳ با تصویب کمیسیون عالی فرانسوی ملغی گردید. و تواتر بمعنائی که گفته شد در قوانین امروزی امری ناشناخته است.

البته در قوانین جدید چیزی نزدیک بتواتر وجود دارد و آن گواهی مبنی بر شیع و شنیدن است^۴ که جز در مواردی استثنائی و نادر پذیرفته نمیشود^۵. بموجب آئین دادرسی مدنی لبنان بینه بر مسموعات پذیرفته نیست، مگر اینکه بطور استثنائی

۱- به نقل علی حیدر در شرح ماده ۱۷۳۵.

۲- رجوع شود به فرمان مورخ ۱۳ ایلول بسال مالی ۱۳۰۹ در «روزنامه محاکم، ترکیه، شماره ۷۵۳، ص ۱۱۱۷۳».

۳- فرمان شماره ۸۲ مورخ ۲۹ کانون دوم سال ۱۹۲۶ منتشره در روزنامه رسمی کشور لبنان شماره ۱۹۵۲ صادره در ۵ آذار سال ۱۹۲۶.

۴- *Commune renommée, hearsay*.

۵- مثلاً در مواد ۱۴۱۵-۱۴۴۲ و ۱۵۰۴ از قانون مدنی فرانسه. همچنین رجوع شود بکتاب بینات از بونیو مذکور، ص ۲۲۰ به بعد.

قانون قبول آنرا اجازه دهد مانند کیفر غفلت و بیمبالاتی یا سوء نیت ، (ماده ۲۵۲). اما در مذهب مالکی شهادت سماع در موارد زیادی پذیرفته شده است و بنا بقول مشهور شهادت دو گواه بر آن کافی و بسنده است^۱.

ارزیابی گواهی

آیا دادرس پس از استماع شهادت گواهان میتواند ارزش آنرا تعیین کند ؟ و آنرا مؤثر در اثبات دعوی بداند ؟ یا ناگزیر است که بمقتضای آن بصدور رأی اقدام نماید ؟ در پاسخ این مسئله دو قول وجود دارد :

قول نخست براینست که قاضی پس از استماع گواهی گواهان ناچار است که بمقتضای آن رأی دهد و نمیتواند برای آن تعیین ارزش کند و یا در آن تردید نماید . برخی از قوانین قدیم مانند قانون فرانسه در قرن هیجدهم و آئین دادرسی مدنی سابق اتریش^۲ نیز بر این نظر بودند و بنابراین هر گاه گواهی به نصاب قانونی برسد و برای اثبات دعوی ، فی حد ذاته ، کافی باشد باید قاضی برطبق آن عمل کند .

بنابر قول دوم ، گواهی وسیله است برای اثبات ، و راهی است برای جستجوی حق و حقیقت و رسیدن به آن . پس بر قاضی است که آنرا با وجدان خود بسنجد و ارزیابی کند و چنانچه صحت آنرا دریافت ، بمقتضای آن حکومت کند و در غیر اینصورت آنرا مردود شمارد . این قول مورد تأیید غالب قوانین جدید است و آئین دادرسی مدنی لبنان میگوید : «داد گاهی که دادرسی میکند باید ارزش گواهی ها را بسنجد

۱- شرح خرسی بر سیدی خلیل ، ج ۵ ، ص ۲۱۲ .

۲- کتاب بونیة یاد شده ، ص ۳۰۳ به بعد .

و این ارزیابی قابل رجوع و تجدید نظر نیست، (ماده ۲۷۸) ^۱، ^۲. و در قانون داد گاههای شرعی لبنان نیز حق ارزیابی گواهی با قاضی است ^۳.

اما حقوق اسلام رأی در این میان پذیرفته است که قاضی طبق نظریه نخست ناگزیر از صدور رأی بمقتضای گواهی گواهان است و پس از استماع شهادت جایز نیست در صدور رأی تاخیر کند، مگر بهنگامیکه امیدی به سازش باشد و یا خواهان درخواست تأخیر کند. ولی بر قاضی است که نخست از راستگویی گواهان مطلع شود و از اینرو برای پذیرفتن گواهی شرطهای سختی وجود دارد، از جمله عدالت گواه است.

همین شرط داد گری و عدالت گواه است که دادرسان را در رد گواهی بسیاری از گواهان، بسبب بدی اخلاق و موثق نبودن گفتارشان، آزادی و اختیار بخشیده است، مخصوصاً که در بیشتر مذاهب اسلامی شرط شده است که قاضی شخصاً باید درباره عدالت گواهان، آشکارا و نهان، به تحقیق پردازد و جمله میگوید: «از وضع گواهان چه آشکارا و چه نهان بطور مناسب باید تحقیق کرد، اگر گواه از دانشجویان است باید وضع او را از استاد همان مدرسه که در آن سکونت دارد و از معتمدان محل پرسید. . . و چنانچه گواه از بازرگانان است باید از بازرگانان معتبر وضع او را استفسار کرد...» (ماده ۱۷۱۷). و علاوه بر این، مجمع اهل فتوای عثمانی ^۴

۱- قانون تعدیل بینات کشور اردن نیز در سال ۱۹۲۸ از این نظر پیروی و آنرا در روزنامه رسمی شماره ۲۱۱ مورخ ۶ کانون اول ۱۹۲۸ منتشر کرده است.

۲- آئین دادرسی مدنی ایران هم بر همین قول است. مترجم

۳- ماده ۹۲ از قانون مزبور که با قانون ۴ کانون اول سال ۱۹۴۶ تعدیل شده است.

۴- این دستور در ۲۸ جمادی الاولی ۱۳۳۲ هجری مطابق با ۹ نisan ۱۳۳۰ ماله و ۱۹۱۴ میلادی صادر و در روزنامه علمی شماره ۱، ص ۳۶ منتشر شد.

دادرس را موظف میداند که بهنگام تردید در راستگوئی گواهان به تزکیه آنان در پنهان و آشکار اکتفا نکند^۱، بلکه احوال آنانرا شخصاً مورد بررسی قرار دهد. گروهی از فقیهان مسلمان نیز قول دوم را پذیرفته و الزام قاضی را که بمقتضای گواهی حکم کند، برخلاف قیاس دانسته اند. چه، گواهی خبری است که در آن احتمال صدق و کذب میرود. و برخی از فقیهان مانند ابن قیم جوزیه بر این عقیده اند که قاضی باید در جستجوی حقیقت از هر وسیله استفاده کند گرچه شهادت يك گواه راستگو باشد، زیرا بینه وسیله ای است برای کشف حقیقتی که احقاق و تنفیذ آن واجب و ابطال آن حرام است. ابن نجیم نیز در کتاب اشباه بر این عقیده است، آنجا که میگوید: دادرس میتواند بهنگام تردید، صدور رأی را به تأخیر افکند و همین تأخیر است که تنها وسیله عملی برای دادرس داد گستری است تا گواهی گواهان را ارزیابی کند و چنانچه راستی آنها در یافت و اطمینان خاطر یافت، بموجب آن حکم دهد. و در صورتیکه قاضی همچنان در تردید ماند میتواند آنها را رد کند تا ایمان خود را بوظیفه شرعی خود که بموجب آیه: «و اذا حکمتن بین الناس ان تحکما بالعدل»^۲ بر عهده او نهاده شده است، ثابت نماید.

دفاع مقابل

سؤال دیگری که پیش میآید اینست که آیا خواننده میتواند با آوردن بینه، موجبات نقض بینه خواهان را فراهم کند؟ پاسخ این پرسش نیازمند بتفصیل است. بنظر جمهور فقیهان چنانچه خواننده در مقام رد دعوای خواهان و اثبات برائت ذمه

۱- رك، به جامع الفصولین (ج ۱، ص ۱۶) و در الاحکام شرح غرر الاحکام (ج ۲، ص ۳۷۱) والاشباه والنظائر ابن نجیم (ص ۸۹) والطرق الحکمیة، محل مذکور.

۲- سورة نساء (۴) ۵۸.

خود اقامه بینه^۱ کند، رسیدگی بآن ضروری است و در صورتیکه خوانده چنین بینه‌ای نداشته باشد، میتواند با آوردن بینه به جرح گواهان خواهان بردارد، ارزش گواهی آنان را از میان ببرد.

معظم قوانین امروزی با فراتر نهاده و بخوانده حق داده‌اند که در هر حال برای نقض بینه خواهان و اثبات خلاف آن میتواند اقامه بینه کند. آئین دادرسی مدنی لبنان در این مورد میگوید: «ضرورتی ندارد که قرار (تحقیق از گواهان) بالصراحه به خوانده اجازه دهد تا برای نقض آن اقامه بینه کند، زیرا هر تحقیقی مستلزم جواز تحقیقی در جهت مخالف اوست»، (ماده ۲۵۵).

و بهمین جهت تحقیق در عدالت گواه که بموجب ماده ۱۷۱۶ مجله ضرورت دارد در قوانین امروزی لازم شمرده نشده است. و قانون ۲۹ ایار ۱۹۲۹ لبنان آنرا در اختیار دادرس نهاده است که اگر خواست آنرا اجرا کند و گرنه از اجرای آن صرف نظر نماید. و اخیراً در آئین دادرسی مدنی لبنان این امر بطور مطلق بردادرسان منع شد (قسمت اخیر ماده ۲۷۸).

۱- در دعوی دین یا دعوی اختلاف بر عقدی که بر عین واقع شده است، بدین ترتیب عمل میشود ولی در دعوی استحقاق عین، تفصیل دیگری، بحسب اختلاف مذاهب، دارد. رجوع شود به بدایة المجتهد (ج ۲، ص ۳۹۱) و کتاب التاج و الاکلیل لمختصر سیدی خلیل از مواق (در حاشیة الخطاب، ج ۶، ص ۲۱۳).

۲- ماده ۱۷۲۴ مجله، و حاشیة عدوی بر شرح خرسی (در حاشیة آن، ج ۵، ص ۱۵۹).

بخش چهارم

سوگند

پیشنهاد سوگند

گفتیم که دلائل شرعی عبارتند از اقرار و بینه و سوگند . پس اگر کسی بر دیگری اقامه دعوی کند و خوانده در مقام انکار بر آید و خواهان از تقدیم دلیل عاجز شود ، میتواند پیشنهاد سوگند به خوانده کند و اگر نه دعوی او رد میشود . و دلیل آن روایتی است از پیغمبر ﷺ که در موردی بخواهان گفت : « آیا بینه داری ؟ » پاسخ داد : « نه » پس فرمود : میتوانی پیشنهاد سوگند دهی . خواهان گفت : (خوانده) سوگند یاد میکند و مبالغاتی ندارد . پس پیامبر گفت : چیزی جز دو شاهد تو یا سوگند او در میان نیست^۱ .

با توجه بحديث : « من كان حالفاً فلا يحلف الا بالله - هر کس سوگند میخورد پس جز بخداوند سوگند یاد نکند »^۲ سوگند فقط بنام خداوند صحیح است . سوگند

۱- المبسوط ، ج ۱۷ ، ص ۳۰ . بخاری آنرا بلفظ دیگری بیان کرده است . رجوع

شود به شرح عینی ، ج ۱۳ ، ص ۲۴۳ و ۲۴۸ .

۲- سیوطی از نسائی در الجامع الصغير ، شماره ۸۹۶۶ آورده است .

آوری گردید و بار دیگر نیز در عهد عثمان بن عفان سال ۶۵۰ م. بر اساس يك قرائت و در يك كتاب واحد جمع آوری شد. و اما سنت را در این عصر جمع آوری نکردند بلکه از سینه به سینه راویان حدیث منتقل شد.

این دوره از تاریخ قانونگذاری اسلامی در اوایل قرن دوم هجری (قرن هشتم میلادی) پایان یافت.

عصر طلایی عباسی

این دوره از اوایل قرن دوم هجری آغاز و در میانه قرن چهارم (دهم میلادی) پایان میابد.

در این عصر دولت اسلامی در کلیه مراتب علمی و اقتصادی درخشیدن گرفت. دانش فقه توسعه یافت و مکاتب گوناگون فقهی و حقوقی بوجود آمد که برخی از آنها با از بین رفتن پیروانشان از میان رفتند و برخی از این مذاهب پایداری نشان داده و متدرجاً رواج یافتند و از مذاهب سنی چهار مکتب حنفی و مالکی و شافعی و حنبلی اشتهار پیدا کرد.

همچنین در این عصر مجموعه‌های بزرگی حدیث تدوین گردید و تفسیرهایی بر قرآن نگاشته شد و در اصول و فروع فقه تصانیف گوناگون بوجود آمد. و درس دانش و فقه بر اساس دانش‌های مختلف مانند دانش تفسیر و دانش مصطلح به حدیث و اصول و فروع قرار گرفت که در فصول این باب و باب آینده مورد مذاقه واقع خواهد شد. دانشمندان اهل سنت بدو دسته بزرگ تقسیم شده‌اند: دسته طرفدار رأی در عراق بر ریاست ابوحنیفه نعمان و دسته طرفدار حدیث در حجاز بر ریاست مالک بن انس. مذهب طرفداران حدیث به تمسک به سنت پیغمبر و روگردانی از رأی و اجتهاد شهرت یافت و علتش این بود که شهرهای حجاز گاهواره سنت و جایگاه صحابه بود و از

در دعاوی مالی و دیگر دعاوی حقوقی جائز است ، و بر عکس ، در امور کیفری (حدود) روانیست و در موارد دیگر جواز آن مورد گفتگو است .

هر گاه خواهان، پیشنهاد سو گند بخوانده کند یکی از این سه حال را خواهد داشت: خوانده سو گند میخورد یا از ادای سو گند سر باز میزند و یا آنرا به خواهان بر میگردداند . اکنون بطور اختصار به بیان وضع هر يك از این احوال میپردازیم .

سو گند خوانده

هر گاه خوانده به برائت ذمه خود سو گند یاد کند، دعوی خواهان مردود شناخته میشود . و در این موضوع هیچگونه اختلافی وجود ندارد . ولی اگر خواهان، پس از آنکه خوانده سو گند یاد کرد ، بتواند اقامه بینه کند ، قبول چنین بینه ای مورد اختلاف است و در آن سه قول وجود دارد :

بنابر قول اول ، چون سو گند حجتی ضعیف است و نمیتواند نزاع را قطع و فصل کند، لذا بینه ، پس از آن پذیرفته میشود . زیرا ، بینه دلیل اصلی اثبات بشمار میروود و سو گند در حقیقت جانشین آنست و با وجود دلیل اصلی جایی برای جانشین آن باقی نمیماند . عمر بن خطاب نیز از این نظر پیروی کرده و گفته است «شایسته است سو گند دروغ با بینه راست مردود شود». و عده ای از دادرسان سلف نیز از این

۱- مراجعه شود به المبسوط از سرخسی (ج ۱۶ ، ص ۱۱۹ و جلد ۱۷ ، ص ۲۹) ،
و البدایع (ج ۶ و ص ۲۲۹ به بعد) ، والام (ج ۷ ، ص ۳۴ به بعد و ص ۱۴۰) و المدونة الكبرى
(ج ۱۳ ، ص ۲۴) ، و المحلی (ج ۹ ، ص ۳۷۱ به بعد) و شرح عینی بر بخاری (ج ۱۳ ،
ص ۲۵۷) و الوجیز از غزالی (ج ۲ ، ص ۲۶۵) و المننی (ج ۱۲ ، ص ۱۲۴ به بعد) و اعلام
الموقین (ج ۳ ، ص ۳۴۴) و بدایة المجتهد (ج ۲ ، ص ۳۸۶ به بعد) ، و الطرق الحکمیة
(ص ۱۱۷ به بعد) .

قول پیروی کرده‌اند. بخاری از طاوس و ابراهیم و شریح نقل میکند که گفته‌اند :
« گواه راستین سزاوارتر از سوگند دروغ است » . ابوحنیفه و شافعی و احمد بن حنبل
نیز بر همین عقیده‌اند .

اما مجله احکام عدلیه در این مورد صراحت ندارد و باید بکتابهای فقه حنفی
که بر قول اول استوار است مراجعه کرد^۱. ولی در عمل ، به دو علت ، کمتر چنین
اتفاقی روی میدهد ، نخست اینکه ، بعقیده ابوحنیفه ، سوگند خوانده وقتی پذیرفته
میشود که خواهان از اقامه دلیل عاجز باشد^۲. دوم بطوریکه مجله صراحت دارد :
« هر گاه خواهان بگوید من گواه ندارم و سپس گواه بیاورد ، یا بگوید من جز فلانی
گواه دیگری ندارم و بعد گواه دیگری هم معرفی نماید از او پذیرفته نخواهد شد »^۳.
قول دوم از امام مالك است که اقامه بینه را از طرف خواهان پس از سوگند
خوانده جایز میدانند ، بشرطیکه خواهان پیش از پیشنهاد سوگند به خوانده از وجود
گواهان اطلاع نداشته باشد . و چنانچه خواهان از وجود گواهان مطلع باشد و ترجیح

۱- رجوع شود به شرح علی حیدر ، ذیل ماده ۱۸۴۲ .

۲- در این مورد قراری از دیوانعالی کشور ترکیه بشماره ۶۶۶ بتاریخ ۱۲ ایار
به سال مالی ۱۳۲۶ ، یعنی ۱۹۱۰ میلادی صادر شده است . رك ، به « روزنامه دادگستری »
ترکیه بشماره ۱۳ ص ۵۲۹ . ابویوسف برخلاف آن ، جایز میدانند که خواهان با داشتن بینه
حاضر از ابراز بینه صرف نظر کند و خوانده را سوگند دهد . اما محمد شببانی بنا بر روایت
خفاف هم رأی با ابویوسف و بنا بر روایت طحاوی هم رأی با امام ابوحنیفه است . در این مورد
رجوع شود به نتایج الافکار تکملة شرح فتح القدیر بر هدایه ، ج ۶ ، ص ۱۵۳-۱۵۵ .

۳- ماده ۱۷۵۳ . این رأی موافق با نظر محمد شببانی و مخالف با رأی ابوحنیفه
است و علی حیدر بنقل از الفتاوی الولوالجیه و غیره در شرح این ماده آورده است . همچنین
مواد ۸۳ و ۸۵ آئین دادرسی مدنی حقوق ترکیه لازم میدانند که خواهان ، گواهان خود را
بنام معرفی کند و آنها را محدود نماید .

دهد که پیشنهاد سو گند به خوانده کند، سپس در مقام اقامه بینه بر آید، از او پذیرفته نخواهد شد. برخی از پیروان شافعی از قبیل غزالی و دیگران نیز بر این عقیده اند.

بنا بقول سوم، سو گند خوانده دعوی را به فیصله میدهند و حق مدعی را منتفی میسازد. از این رو استماع گواهی گواهان نسبت به حقی که منتفی شده است پذیرفته نمیشود. چه، «همانطوریکه راستی گفتار خواهان با گواهی گواهان ثابت میگردد و در این حالت به سو گند خوانده توجهی نمیشود، پس از سو گند خوانده نیز حق به جانب اوست و بر گواهی گواهان اثری مترتب نیست». مذهب ظاهری و ابن ابی لیلی و ابو عبید و دیگران بر این قول رفته اند.^۱

قوانین جدید نیز از نظریه اخیر پیروی کرده اند و در قانون مدنی فرانسه سو گند قاطع نزاع و مانع طرح مجدد قضایا و تکرار آنها شده میشود (ماده ۱۳۶۳). و قانوندانان و دادرسان بزرگ فرانسه، سو گند را نوعی عقد قضائی مانند صلح و سازش دانسته اند که طرفین دعوی را به سو گند و نتیجه آن پابند میسازد.^۲

همچنین بموجب ماده ۲۳۴ آئین دادرسی مدنی لبنان، چنانچه خوانده سو گند یاد کند و خواهان در مقام اثبات دروغ گوئی او مدار کی تقدیم کند، از او پذیرفته نمیشود. و چنانچه بموجب قرار کیفری، دروغ بودن سو گندی ثابت شود، متضرر میتواند جبران زیان خود را بخواند.^۳

۱- برخی این تفسیر را مورد انتقاد قرار داده اند. مثلاً بکتاب آئین دادرسی مدنی تألیف گلاسون: (*Traite théorique et pratique de procédure civile*) و تیسیه و موریل، چاپ سوم، ج ۲ شماره ۶۹۶ و جلد ۳ شماره ۷۳۶ رجوع شود.

۲- بخلاف رویه قضائی فرانسه، که درخواست ضرر و زیان وارده را در این مورد وارد نمیداند. ر.ک. قرارداد گاه *Rethel* بمورخه ۲۵ کانون دوم سال ۱۹۰۵ (D1905.2.309).

نکول خوانده و برگرداندن سوگند

حکم سوگند خوانده در گفتار پیشین گذشت. در صورتیکه خوانده سوگند نخورد و با اصطلاح نکول و خودداری نماید، آیا حکم علیه او داده خواهد شد یا سوگند بخواهان بر خواهد گشت؟ در این مورد هم میان مذاهب اختلاف نظر وجود دارد. بنا به مذهب حنفی و یکی از دو روایت منقول از احمد بن حنبل، نکول از سوگند بمنزلۀ اقرار اوست. چنانچه خوانده از ادای سوگند خودداری کند مثل این است که حق خواهان را پذیرفته است. چه اگر او خود را در انکار صادق میدانست در ادای سوگند تردید و دو دلی نشان نمیداد. نکول نیز یا بصراحت اعلام میگردد، و یا از سکوت مستفاد میشود.

بنا بقول اول سوگند بخواهان بر نمیگردد یعنی او نه بخواهدش خوانده و نه بدون آن، برای صدق دعوی خود سوگند یاد نمیکند. و در قواعد کلیۀ المجامع^۱ چنین آمده است: «سوگند همواره متعلق به نفی است» و دلیل آن، حدیث شریف: «البینه علی المدعی واليمين علی من انکر» است، بشرحی که گذشت. این حدیث بطور مطلق وارد شده است و نشانه ای از جواز برگشت سوگند بخواهان در آن نیست. مجله احکام عدلیه نیز در ماده ۱۸۲۰ از این قول پیروی کرده است.

اما پیشوایان دیگر، همچنین ابن حنبل بنا بر روایت دیگری که منسوب به اوست، نکول خوانده را به تنهایی برای صدور رأی علیه او کافی نمیدانند. زیرا حجتی ضعیف و دلیلی سست است و باید با سوگند مدعی بر راستی دعوی خود تقویت شود، اگر چه خوانده از او مطالبۀ سوگند نکند. چون خواهان سوگند یاد کند حکم بنفع او صادر میشود و در غیر این صورت دعوی او مردود است، با استناد اینکه حدیث «اليمين علی المدعی علیه» حالت نکول را بیان نکرده است، و نیز روایت

شده است که پیامبر سوگند را بحقدار برگرداند^۱. مالک این نظر را در امور مالی و شافعی در همه دعاوی نافذ میداند، ولی برخی از پیروان شافعی، از قبیل غزالی بر گرداندن سوگند را بخواهان جایز ندانسته است هر گاه خواهان سلطان باشد^۲. و شیعه امامیه ببر گرداندن سوگند رأی داده اند^۳.

نظریه دیگر از پیروان مذهب ظاهری و ابن ابی لیلی است که نکول را برای صدور حکم کافی نمیدانند و بعقیده آنان، سوگند، بجز در مواردی استثنائی، بخواهان برگردانده نمیشود. باز بنظر آنان چنانچه خواهان گواه نداشته باشد و خوانده از ادای سوگند امتناع ورزد باید او را براین کار واداشت و بعبارت دیگر وظیفه خوانده است که یا بسود خواهان اقرار کند و یا از درانکار درآید و بربرائت ذمه خود سوگند یاد کند.

اما غالب قوانین جدید که سوگند را جایز میدانند در این مسأله میانه روی کرده اند. بدین معنی که مانند مذهب حنفی بهنگام نکول خوانده از ادای سوگند، به صدور حکم علیه او پرداخته اند. و از طرفی، مانند دیگر مذاهب اسلامی، بوی حق داده اند که بتواند سوگند را بخواهان برگرداند و چنانچه خواهان سوگند یاد کند، در دعوی خود راستگو شناخته میشود و در غیر این صورت دعوایش مردود است. ماده ۲۳۲ آئین دادرسی مدنی لبنان نیز چنین میگوید، کسی که مکلف به ادای سوگند شود، و آنرا انجام دهد و یا بطرف خود برنگرداند، همچنین کسی که سوگند باو برگردانده شده است اگر از ادای آن امتناع کند، هر دو در کار خود زیان کارند.

۱- به روایت الدار قطنی، رجوع شود به المعنی، ج ۱۲، ص ۱۲۴.

۲- الوجیز، ج ۲، ص ۲۶۶.

۳- شرائع الاسلام از حلی، ص ۳۰۱.

قانون داد گاههای شرعی لبنان، همچنین، بخوانده اجازه میدهد که سوگند را به خواهان برگرداند و در مورد نکول نیز وقتی صدور حکم را بزیان خوانده جایز میدانند که خواهان به راستی دعوی خود سوگند بخورد.^۱

بکار بردن سوگند

سوگند یکی از قدیمترین روشهای اثبات دعوی بشمار میرود و اصولاً براین پایه گذاری شده است که سوگند یاد کننده را بعقیده دینی خود متوجه سازد و خداوندی را که بر راستی و درستی فرمان میدهد بیاد او آورد، تا ترس او از خداوند باعث شود که سخن حق بگوید و از دروغ و باطل پرهیزد.

با وجود این، تجربه های قضائی نشان داده است که سوگند حجتی ضعیف است و جز به هنگام ناتوانی نمیتوان بدان پناه برد. چه غالباً اشخاص سهولت سوگند یاد میکنند و بسیار کمند کسانی که حریم سوگند را حفظ کنند. استفاده از سوگند برای اثبات، در قوانین مدنی امروزی روشی چندان معروف نیست. گوا اینکه در اغلب کشورهای لاتین عملی میشود ولی در بسیاری از قوانین مدنی کشورهای دیگر از قبیل انگلستان و کشورهای که از همان سیستم قضائی پیروی می کنند، بعنوان يك روش قطعی، برای فصل دعاوی شناخته نشده است.

استفاده از سوگند، حتی در کشورهای که آنرا پذیرفته اند، نسبت بگذشته رو بکاهش نهاده است. مثلاً قانون دادرسی مدنی عثمانی میگوید: «از کسیکه از اثبات دعوی خود عاجز شود پرسیده میشود که آیا میخواهد طرف او سوگند یاد کند...». یعنی وظیفه دادرس است که خواهان را به هنگام عجز از اثبات دعوی، متوجه این کند که حق مطالبه سوگند از خوانده را دارد (ماده ۹۲). ولی در آئین دادرسی مدنی لبنان

۱- ماده ۵۱ و ۹۵ از آن که با قانون ۲ کانون اول سال ۱۹۴۶ تعدیل یافته اند.

دادرس چنین وظیفه‌ای ندارد.

اخیراً رویه قضائی کشور لبنان دائره بکار بردن سوگندی را که فصل دعوی میکند، تنگتر کرده است. و برخواهان آن لازم دیده است که هنگامی از سوگند استفاده کند که استفاده از روشهای دیگر اثبات، برای او ممکن نباشد. بطوریکه سوگند بصورت استنطاردی و در حکم سوگند تکمیلی بشمار میرود و دادرس در پیشنهاد یا عدم پیشنهاد آن مخیر است.^۱

سوگند خواهی دادرس

سوگند، بطوری که گذشت، باید از طرف خواهان پیشنهاد شود. ولی آیا دادرس میتواند از طرف خود پیشنهاد سوگند به یکی از طرفین دعوی کند یا نه، مسأله ایست نیازمند به تفصیل.

برخی از قانونهای جدید مانند قانون لبنان از نوعی سوگند بعنوان «سوگند تکمیلی» در برابر سوگندی که فصل خصومت میکند، استفاده میکند، و قانون مزبور چنین است: «دادرس میتواند از طرف خود به یکی از طرفین دعوی پیشنهاد سوگند دهد». در صورتیکه دعوی خواهان و یا دفاع خوانده نه گفتاری مخض و نه امری ثابت و متیقن باشد، بعبارت دیگر هر گاه گفتار یکی از دو طرف دعوی مستند به دلائلی نارسا باشد، قاضی میتواند از او بخواهد تا با ادای سوگند دلائل خود

۱- قرار صادره ۱۷ شباط ۱۹۴۵ دادگاه استان مخصوص به توجید رویه قضائی که در روزنامه رسمی سال ۱۹۴۵ ص ۱۶۱ نشر شده است.

۲- رجوع شود بمواد ۲۲۸-۲۳۷ و مابعد آنها از آئین دادرسی مدنی لبنان و این در قانون بینات سوریه (ماده ۱۲۱) سوگند متمم خوانده شده است. (بطوریکه قبلاً یاد آور شدیم چنین سوگندی در فقه شیعه امامیه نیز پذیرفته شده و قسم جزء بینه نامیده میشود. مترجم)

را تقویت کند .

این گونه سو گند در شریعت اسلام سابقه دارد زیرا در برخی از مذاهب صدور حکم با شهادت يك گواه و سو گند خواهان جایز است ، ولی بطوریکه دیدیم در مذهب حنفی و مجله جایز نیست .

اصل در مجله بر اینست که سو گند بنا به پیشنهاد خواهان عملی میشود ولی در چهار مورد قاضی بدون پیشنهاد خواهان میتواند عرض یمین کند : نخست در صورتیکه کسی خواهان حقی از ترکه میت باشد و آنرا ثابت کند ، از طرف دادرس باو پیشنهاد میشود که سو گند یاد کند براینکه آن حق را بهیچ نحو ، نه شخصاً و نه بوسیله دیگر استیفا نکرده و نیز ذمه خوانده را از پرداخت آن بری ننموده و یا بدیگری حواله نکرده و یا دیگری آنرا از طرف میت نپرداخته است و بالاخره در برابر آن حق از طرف مرده رهن و وثیقه ای نیز نزد او نیست ، این را سو گند استظهاری مینامند . دوم اگر کسی ادعای استحقاق مالی را کند و آنرا ثابت نماید ، باو قسم میدهند که آنرا قبلاً نفروخته و یا بنحوی از ملکیت خود بیرون نکرده است . سوم چنانچه خریدار مبیع را به علت عیب برگرداند ، حاکم او را سو گند میدهد که بهیچ نوع قبلاً ، به این عیب تن در نداده و نه بن بان و نه از راه تصرف مالکانه اظهار رضایت نکرده است . چهارم حاکم شفعه کننده را به سو گند وامیدارد که بهیچ نحو از حق شفعه خود صرف نظر نکرده است » (ماده ۱۷۴۶) .

سو گند استظهاری مورد اتفاق نظر همه فقیهان حنفی است ولی تنها ابو یوسف به سو گندهای سه گانه معتقد است ، و دو پیشوای دیگر این مذهب یعنی ابو حنیفه و محمد بن حسن با او همراهی نیستند . ابو یوسف موردی نیز بر آنها افزوده است که هر گاه زنی ادعای نفقه بر شوهر غائبش کند ، باید او را سو گند داد که شوهرش مالی

برای او بجای ننهاده و نفقه به او نپرداخته است^۱.

و در مجله مواردی نیز وجود دارد بنام «احوال تحالف» که قاضی طرفین دعوی را سوگند میدهد و در اینجا مجالی برای شرح و بسط این موارد نیست^۲.

۱- الفتاوی البزازیه یا الجامع الوجیز از ابن بزاز (در حاشیه هندی ، ج ۵ ، ص ۱۶۸-۱۶۹) و ماده های ۹۷ و ۹۹ از قانون عائله عثمانی .
 ۲- رك ، بمادة ۱۷۷۸ و مواد بعدی .

بخش پنجم

دلایل دیگر

بینة کتبی

در روزگار ما نوشته‌ها و سندهای تنظیمی میان افراد دارای اعتبار خاصی است و از اساسیترین و قویترین ادله اثبات دعوی بشمار میرود. علت این امر شیوع بیشتر کتابت و سهولت استفاده از آن در این زمان نسبت بزمان‌های گذشته است. بطوریکه بسیاری از قوانین جدید مثل قانون ترکیه و لبنان در امور مهم مدنی، استفاده از بینة کتبی را ضروری دانسته و از پذیرفتن بینة شخصی جز در موارد استثنائی منع کرده‌اند.

ولی در گذشته چنین نبود و بطوریکه در قواعد کلی حقوق فرانسه در قرون وسطی دیده میشود: «گواه بر بینة کتبی مقدم است»^۱. همچنین در شریعت اسلام بینة شخصی شایع و معروف بود، چه در گذشته کتابت کمتر از امروز معمول بود و مردم بندرت با تنظیم سند آشنائی داشتند و فقط در بدهی‌های مدت‌دار آنرا بکار میبستند

۱- کتاب کولان و کاپیتان، قانون فرانسه، پاریس، ۱۹۲۴، ج ۲، ص ۲۲۱.

اینرو فقهای حجاز از دیگران به سنت آشنا تر بودند و بعلاوه مردم این دیار هنوز بصورت ساده و نزدیک به بداوت زندگی میکردند و در فتاوی خود از نصوص شرعی و اجماع فقیهان استمداد می جستند و این دو مرجع برای حل مراعات بسنده مینمود، و ضرورتی به توسعه دائره اجتهاد و استدلال دیده نمیشد.

اما در عراق قضیه معکوس بود چه مردم آن در حضارت و مدنیت فرو رفته تر و بادشواریهای فراوان و نموده های تازه اجتماعی روبرو بودند. دیگر آنکه فقهای کوفه بعلت دوری از مراکز حدیث جز اندک مایه ای از احادیث گیر نمیآوردند و آن نیز در روایت از دروغ مصون نبود. پس در بسیاری از مسائل حقوقی بحکومت عقل ورأی و به اجتهاد از راه قیاس و استحسان، چنگ میزدند و در این مورد به توسع پرداختند و ره افراط را پیمودند تا جائیکه متعرض مسائل فرضی محض شدند که نمونه هایی از آنها را نقل خواهیم کرد.

عصر انحطاط و تقلید

از اواخر دوران حکومت عباسیان روشنی های دانش فقه از تابش بیفتاد و فقیهان به تدوین مذاهب پرداختند و اجتهاد خود را بمسائل فرعی منحصر ساختند. و پس از سقوط بغداد در میانه های سال هفتم هجری (سین دهم میلادی) فقیهان سنی از ترس اینکه در کار خود از حدود شریعت بیرون شوند و به ستمکاری گرایند، بمذاهب اربعه معروف اکتفاء و به انسداد باب اجتهاد اجماع کردند.

پس تمدن عرب آرام آرام به قهقری رفت و از هر سو به جمود گرفتار شد و بیماری تقلید و پیروی های کور کورانه شیوع یافت و اجتهاد در فقه را کد شد و فقها و به مختصر کردن کتب شرعی و سپس به شرح این کتابهای مختصر و نیز کتابهای فتوی پرداختند، خصوصاً در مذهب حنفی بشرحیکه خواهد آمد.

و آیه شریفه: «اذا تداینتم بدین الی اجل مسمی فاكتبوه ولیكتب بینکم کاتب بالعدل...»^۱ ناظر به همین مورد است.

جمهور فقیهان تنظیم سند و گواه گرفتن بر آنرا حمل بر استحباب کرده‌اند، بخلاف برخی از پیشوایان مذاهب از بین رفته، مانند طبری و داود ظاهری که آنرا واجب شمرده‌اند.^۲

بنابراین در فقه اسلام بینه کتبی ارزش بینه شخصی را ندارد و در شروط آن اختلاف‌های فراوانی است. و اصولاً بینه کتبی در عداد ادله اصلی شرعی بشمار نیامده است. در باب اقرار بوسیله کتابت و یا در باب گواهی بر کتابت اقرار کننده بدان اشارتی رفته است.^۳ و چون مجالی برای بحث در زمینه این مسأله نیست بنابراین بیان جمله مختصری که در مجله آمده است اکتفا میکنیم:

اصل در مذهب حنفی بر «عدم اعتماد به نوشته و عمل به آن» است. زیرا که «خط با خط شباهت دارد». و یا بطوریکه مؤلف الفتاوی الخیریه مینویسد: سند کتبی «از شمار دلائل شرع اسلام یعنی بینه و اقرار و نکول بیرون است. این است شرع محمد سرور فرزندان عدنان نه ورق پاره‌ای از هر کس و نا کس، و اعتبار از آن واقع است نه از آن نگارش و قایع، مگر اینکه منصوص از طرف شارع و یا مورد اعتماد پیشوایی کامل و یا به استناد نصی قاطع باشد»^۴. ولی چون مردم از نوشته و سند در معاملات خود

۱- سوره بقره (۲) ۲۸۲.

۲- تفسیر فخر رازی بر آیه مذکور (ج ۲، ص ۳۶۴) والمحلی (ج ۸ شماره ۱۴۱۵، ص ۳۴۶).

۳- المبسوط (ج ۱۸، ص ۱۷۲ به بعد) و بشرح سیدی خلیل معروف به مواهب الجلیل از خطاب (ج ۶، ص ۱۸۷ به بعد) و تبصرة الحکام از ابن فرحون (ج ۱، ص ۲۹۴).

۴- الفتاوی الخیریه، دارالسعادة، ۱۳۱۱ هـ. ج ۲، ص ۶۷.

استفاده کردند و بدان خو گرفتند ، فقهای متأخر اسنحساناً به قبول بینة کتبی فتوی دادند^۱. مجله احکام عدلیه از همین رأی پیروی کرده و اسناد ذمه‌ای و بازرگانی را ، در صورتیکه از شبهة جعل و تزویر دور باشد ، معتبر شمرده و اقرار کتبی را مانند اقرار لفظی دانسته است . همچنین اسناد رسمی و منشورات دولتی و نوشته‌های اداری و دفاتر دادگاهها و غیره^۲ در صورت خلو از تزویر و فساد معتبر است .

قرینه قطعی

علاوه بر ادله شرعی که اقرار بینه و یمین است قرینه قطعی هم یکی از امارات قضائی بشمار میرود و میتواند مستند حکم قاضی قرار گیرد . مجله نیز آنرا معتبر دانسته ، چنین تعریف میکند : «اماره ایست که بپایه یقین میرسد . مثلاً اگر کسی با در دست داشتن کاردی خونین ، هراسان و ترسان از خانه‌ای خالی از سکنه بیرون آید و در هماندم به آن خانه بروند و کسی را سر بریده در آنجا بیابند ، تردیدی باقی نمی‌ماند که قاتل این شخص همان است که دیده‌اند و در این مورد با احتمالات موهوم صرف از قبیل اینکه مقتول خود کشتی کرده است التفات نمیشود» (ماده ۱۷۴۰-۱۷۴۱) . این مثال را علامه ابوالیسر محمد بن غرس^۲ روایت کرده است و از آن استنباط میشود که چنین قرینه‌ای موقعی مورد استناد قاضی قرار میگیرد که قاضی وجداناً به صحت آن پی ببرد ، زیرا تردیدی نیست که تشخیص قضیه با چگونگی وقوع آن

۱- المبسوط در محل مذکور ، والاشباه از ابن نجیم (س ۸۶) و رساله نشر العرف از ابن عابدین (س ۴۱-۴۲) والمنافع (س ۳۲۹) . تفصیل آنرا در مواد ۱۶۰۶-۱۶۱۲ و ۱۷۳۶-۱۷۳۹ ملاحظه فرمائید .

۲- بنقل از الفواکه البدیة ، فصل ششم ، بطوریکه در رساله نشر العرف ، س ۲۱

بستگی دارد و چه بسا ممکن است که شخص هراسان ، در مثال بالا ، از خویشان مقتول باشد که بلافاصله پس از وقوع حادثه در محل حضور بهم رسانده و دشنه خونین را در زمین دیده و آنرا برداشته است و برای جلب کمک ، یا پیدا کردن قاتل و انتقام گرفتن از او و یا بعثت معقول دیگری از خانه بیرون آمده است . چه در اینصورت نمی‌توان او را قاتل دانست .

فقیهان حنفی ، حکم به قرینه را در موارد بسیار دیگری نیز بیان کرده‌اند. مثلاً اگر دو نفر در مورد سفینه‌ای که بار آن آرد باشد باهم منازعه کنند و یکی از آنان تاجر و دیگری کشتیبان باشد و هیچکدام گواه نداشته باشند، در اینصورت بمالکیت تاجر بر آرد و مالکیت کشتیبان بر کشتی حکم صادر میشود^۱.

چه این قبیل از قرائن به نظر و سنجش دادرس بستگی دارد و نیز اوضاع و احوال و عرف جامعه در آنها مؤثرند و از اینرو «قرائن احوال عرفی» نامیده میشوند. و امروزه در امور کیفری کاملاً معتبر است و استفاده از آن کلاً در اختیار قاضی و وجدان اوست . ولی قرائن فوق بطور مطلق در امور مدنی پذیرفته نمیشود و در آئین دادرسی مدنی لبنان به «قرائن غیر قانونی» معروف است و آنرا چنین تعریف کرده‌اند: « نتایجی است که قاضی از واقعه‌های شناخته شده برای درك واقعه‌های ناشناخته استخراج میکند » و بدانش و بصیرت قاضی واگذار شده است و فقط در مواردی که بینة شخصی اعتبار قانونی دارد بکار میرود و این قرائن میباید « مستقل و روشن و با یکدیگر سازگار» باشند (ماده ۳۰۲ و ۳۱۰) .

دسته دیگر ، قرائن قانونیست که آنها را (قانونگذار از امر معلومی برای کشف امر مجهولی استخراج میکند) . مثلاً در قانون لبنان «چنانچه تصرف در عین منقولی با حسن نیت و مسالمت بطور آشکارا و خالی از هر گونه غل و غش صورت

بگیرد از حقوق مالکیت بشمار میرود و بینه‌ای برای اثبات خلاف يك چنین قرینه‌ای پذیرفته نمیشود.^۱

در حقوق اسلامی امثله فراوانی از اینگونه قرینه‌ها دیده میشود که به برخی از آنها در باب استصحاب حال اشاره شد، و از جمله این قرائن اثبات نسبت فرزند است به شوهر با توجه به حدیث شریف «الولد للفراس»^۲.

تناقض

برخی از قواعد کلی دیگر مربوط به تناقض در مقام اثبات است و آن بر دو گونه است: تناقض گواهان و تناقض خواهان. بشرح زیر:

اول - تناقض گواهان

و آن به هنگام رجوع و عدول گواهان از گواهی خود پدید می‌آید. بنا بگفتار مجله «گواهی منقوض حجت نیست ولی آن نمیتواند رأی قاضی را بی‌اثر سازد پس اگر گواهان از گواهی خود عدول کنند گواهی مزبور، اثر و حجیت خود را از دست میدهد ولی چنانچه دادرس باعتبار آن گواهی قبلا اقدام به صدور حکم کرده باشد آن حکم ملغی نمیگردد، بلکه گواهان ضامن محکوم به میشوند» (ماده ۸۰).

و در مقام ایضاح این موضوع ماده ۱۷۲۸ میگوید: «چنانچه گواهان پس از ادای گواهی و پیش از صدور رأی در حضور قاضی از گواهی خود عدول کنند، گواهی

۱- ماده ۳۰۷ از آئین دادرسی مدنی، برابر آن در فرانسه قاعده‌ای معروفیت دارد

تحت عنوان: «تصرف و حیات منقول اعتبار سند را دارد» *En fait de meubles possession vaut titre*

vaut titre

۲- تنمة حدیث «وللناهر الحجر» میباشد که در تمام کتابهای معتبر روایت شده است.

رجوع شود بصحیح بخاری شرح عینی (ج ۲۳، ص ۲۴۹)، و صحیح مسلم (ج ۴، ص ۱۷۱).

آنان در حکم عدم است و گواهان تعزیر میشوند . این حکم مورد اتفاق جمهور فقیهان است . وماده ۱۷۲۹ میافزاید : « اگر گواهان پس از صدور حکم ، درحضور قاضی ، از گواهی خود عدول کنند ، این عمل باعث نقض حکم نمیشود ولی گواهان ضامن محکوم بمیشوند »^۱ .

چنین روایت شده است که دو گواه در حضور علی بن ابیطالب بر مرد دیگری بهسرت گواهی دادند و دست متهم بریده شد ، سپس گواهان مرد دیگری را بحضور او آوردند و گفتند این همان دزد بود نه کسی که دستش بریده شد .

وعلی علیه السلام گفت : « گواهی شما را درباره این مرد نمی پذیریم و شما را ضامن

۱- در حقوق امامیه ، در کلیه موارد اعم از مالی و غیرمالی و مدنی و کیفری ، چنانچه شهود پیش از صدور حکم از شهادت خود برگردند گواهی های آنان کالعدم فرض میشود و حکمی صادر نخواهد شد . چه حکم مبتنی بر گواهی است و در صورت نبودن گواهی و یا وجود گواهی دروغ ، صدور هر گونه رأیی منتفی است . اما پس از صدور حکم باید قائل بتفصیل شد :
 ۱. هرگاه کذب گواهی بر قاضی ثابت و قطعی گردد ، در کلیه موارد حکم نقض میشود و در امور مالی ، در صورت اجراء حکم ، عین محکوم به را از محکوم له باید باز پس گرفت و در صورت تلف یا تعدر استرداد ، گواهان پرداخت تاوان محکوم میشوند و در هر حال (چه پیش از حکم و چه بعد از آن و چه مال باقی ماند و یا نه) تعزیر و همچنین تشهیر میشوند و دیگر شهادت آنان قبول نخواهد شد . و در امور کیفری چنانچه اقرار به تعدد در دروغ کنند احکام قصاص بر آنان مترتب میشود .

۲. در امور کیفری چنانچه گواهان از گواهی خود رجوع کنند و حکم اجرا نغده باشد در اینصورت حکم نقض میشود و در صورت اجراء ، گواهان ضامن پرداخت دیه میشوند و گواهی آنان در امور دیگری پذیرفته نیست .

۳. در امور حقوقی حکم نقض نمیگردد و گواهان تاوان و ادا میشوند و در مورد نکاح و طلاق بحثهای جالبی است . رک . شهید ثانی ، شرح لمعه ، کتاب الشهادات ، فصل چهارم .

پرداخت دیه دست بریده مرد نخستین میدانم و اگر میدانستم که در گواهی قبلی خود تعمدی بر دروغ داشتید ، دستان را میبریدم . عدم فسخ حکم بعلت عدول شاهد از گواهی خود ، مورد اتفاق جمهور فقیهان است و علت آن بنا بگفتار شهاب الدین قرافی اینست که : « حکم از روی سبب شرعی و باستناد گواهی اشخاص عادل صادر شده است و ادعای گواهان بر دروغ بودن گواهی خود ، در حقیقت اعتراف آنان به فسق خود میباشد و گفتار فاسق ناقض حکم نیست و حکم به قوت خود باقیست »^۱.

ولی معدودی از فقیهان مانند اوزاعی و سعید بن مسیب و پیروان مذهب ظاهری ، به هنگام عدول شاهد از گواهی خود ، به نقض حکم معتقد شده اند ، زیرا این حکم مبتنی بر شهادت است و در صورتیکه گواهان از گواهی خود عدول کنند پایه اثبات حکم نیز متزلزل و علت آن منتفی میشود . همچنین است در امور کیفری که به عقیده برخی از فقیهان چنانچه گواهان پیش از اجراء حکم از گواهی خود عدول کنند در اینصورت حکم اجرا نمیشود زیرا به هنگام تردید و شبهه ، از اجرای حدود باید جلوگیری کرد^۲.

با توجه بقوانین عصر حاضر در چنین مواردی محکوم علیه میتواند ، با شروط معینی ، خواستار نقض حکمی شود که باستناد گواهیهای دروغ صادر شده است . بنابراین اعاده دادرسی ، در این موارد بموجب آئین دادرسی کیفری عثمانی و آئین دادرسی مدنی لبنان تجویز شده است .

۱- الاحکام فی تمییز الفتاوی عن الاحکام و تصرفات القاضی و الامام ، ص ۴۹ .

۲- درباره همه این مطالب و نیز در مسأله تضمین گواهان بر محکوم به و اختلافی که در این خصوص باختلاف احوال و مذاهب پدید آمده است ، به المبسوط (ج ۱۶ ، ص ۱۷۸) و شرح الکبیر (بالمعنی ج ۱۲ ، ص ۱۱۳) و المحلی (ج ۹ ، ص ۴۲۹) و منهاج الطالبین (ص ۱۳۷) رجوع شود .

دوم - تناقض ادعای خواهان

بنا به ماده ۱۶۱۵ مجله هر گاه از خواهان سخنی مخالف و نقیض ادعای او شنیده شود در حقیقت این گفتار موجب بطلان دعوی او بشمار میرود . و در این خصوص امثلة فراوانی است^۱ ، از جمله، چنانچه کسی مالی را برای دیگری اقرار کند و سپس مدعی شود که او خود مالک آن مال است ، این ادعا با اقرار قبلی او مخالفت دارد و مانع از اقامه دعوی او میشود (ماده ۱۶۴۹) ، و چنانچه کسی نخست اقرار کند که نسبت به دیگری هیچگونه حقی ندارد ، پس ادعا کند که همان شخص به او بدهکار است ، این ادعا نیز پذیرفته نمیشود .

و بطوریکه در قواعد کلی الاشباه^۲ و مجله آمده است : «الساقط لایعود کما ان المعدم لایعود - آنچه ساقط شده است بر نمیگردد همچنانکه معدوم بر نمیگردد» (ماده ۵۱) . معنی این قاعده اینست که اگر کسی حقی را اسقاط کند ، دیگر نمیتواند از این عمل خود رجوع نماید و به مطالبه حقی که ساقط شده است به پردازد چه میان اسقاط و حق مطالبه آن تناقض وجود دارد . بشرطیکه حق مختص به اسقاط کننده و نیز در تاریخ اسقاط حقی ثابت و مسلم باشد . بنابراین صحیح نیست اگر کسی حق خود را از ارث ، پیش از مرگ مورث ، اسقاط کند ، ولی پس از مرگ مورث اسقاط این حق صحیح است .

این قاعده از قاعده عمومی دیگری^۳ بدین مضمون ، گرفته شده است که : «هر کس در مقام نقض امری بر آید که خود در اثبات آن کوشیده است ، کوشش مجدد او

۱- بمواد ۱۶۴۷ و ۱۶۵۹ رجوع شود .

۲- از ابن نجیم ، ص ۱۲۷ .

مردود و بی اثر است» (ماده ۱۰۰)^۲. پس اگر کفیل فروشنده ، خود ادعای مالکیت مبیع را کند این ادعا از او پذیرفته نیست . چه ، ادعای وی ناقض عقد کفالت است .

۱- رجوع شود به تکمله حاشیه ابن عابدین (ج ۱ ، ص ۱۵) والفتاوی البزازیه (ج ۱)،

به حاشیه هندی، جلد ۴، ص ۵۲۲) و در امثال لاتینی بهمان معنی چنین آمده است : *Nemo contra*

factum suum venire potesta

فصل پنجم

قواعد عمومی دیگر

فرع از اصل پیروی میکند

یکی از نخستین مبادی حقوق اینست که فرع در وجود و بقاء و سقوط خود از اصل پیروی میکند^۱ و بنا بگفته مصنف المجامع: «دوام هر چیزی باصل آن بستگی دارد»^۲. و در قواعد کلی مجله مواد متعددی در این معنی آمده است که بیشتر آنها از کتاب الاشباه والنظائر^۳ نقل شده است که پراشرحی مختصر ذیلا نقل میشود:

۱- «فرع از اصل پیروی میکند. چنانچه چهارپائی فروخته شود که درشکمش جنینی باشد، جنین به پیروی از اصل داخل در بیع است» (ماده ۴۷). چه، این جنین در وجود تابع حیوان است، پس در حکم نیز از آن پیروی میکند.

مثالهای دیگری نیز در مجله آمده است. مثلاً در فصل بیع میگوید: هر آنچه تابع مبیع باشد، حتی در صورتیکه از آن یادی نشود باز داخل در بیع است، خواه

۱- قاعدة لاتینی است: *Accessorium sequitur principale*

۲- المنافع، ص ۳۱۱.

۳- از ابن نجیم (ص ۴۷ به بعد) و از سیوطی (ص ۸۱ به بعد).

بعلت اتصال آن شیء به مبیع باشد مانند قفلهای پیوسته نسبت به خانه ، یا در حکم اجزای مبیع باشد مانند کلید در مورد بیع قفل ، یا از لوازم مبیع باشد مانند حق عبور و حق شرب و حق مسیل در بیع خانه با کلیه حقوق ، و چیزهائی دیگر از این قبیل^۱.

۲- و برای تابع حکم جداگانه‌ای نیست . بدین معنی که جنین در شکم حیوان منفرداً قابل فروش نیست» (ماده ۴۸) . و همچنین حق مسیل را به تنهائی نمیتوان فروخت مگر به تبعیت از زمین^۲ . باید دانست مثالی که در مجله بیان شده است ، بقاعده عدم جواز عقد نسبت به آنچه فعلاً وجود ندارد ولی در آینده وجود خواهد داشت ، در مذهب حنفی نیز مستند است . و حکم مزبور در آئین دادرسی مدنی عثمانی ماده ۶۴ و قانون موجبات و عقود کشور لبنان ، ماده ۱۸۸ تغییر یافته است^۳.

۳- «هر کس مالک چیزی شود ، لوازم آنرا نیز مالک خواهد شد . چنانچه کسی خانه‌ای بخرد مالک راه رفت و آمد بآن خانه نیز خواهد بود» (ماده ۴۹) . این قاعده از کتاب مجامع الحقایق^۴ گرفته شده است و معنی آن اینست که دارا بودن اصل ، مستلزم دارا بودن فروغ ضروری آن نیز هست . مثلاً اگر کسی مالک جائی باشد مالک هوا و قرار آن ملک نیز خواهد بود و یا اگر کسی ماده گاو شیردهی را بمنظور شیر آن خریداری کند ، با توجه به قصدی که در خرید گاو داشته است ،

۱- مواد ۲۳۱، ۲۳۲، ۲۳۵ .

۲- الاختیار شرح المختار از موصلی ، ج ۱ ، ص ۱۸۰ ، در بیع حق استفاده از راه و حقایق ، اختلاف نظر وجود دارد . در المجامع آمده است که بیع حقوق بطور منفرد جائز نیست (المنافع ص ۳۱۴) .

۳- النظرية العامة للموجبات و العقود فی الشریعة الاسلامیة ، ج ۲ ، ص ۷۳ .

۴- رجوع شود به شرح آن منافع الدقائق ، ص ۳۳۲ .

باوجود این عده‌ای از متأخران کتابهای پر ارزشی در فقه از خود بیادگار نهادند و بسیاری از آثار پیشوایان نخستین را از این راه حفظ کردند.

عصر نهضت

در عصر تقلید که وصف آن گذشت، بدعت‌ها و خرافه‌های ناشی از پندار و نادانی فزونی یافت و طرز تفکر مردم به جمود گرائید و کار بدانجا کشید که به آراء و نظریات برخی از قدما مقید و وابسته شدند و روح اصلی شریعت را از دست دادند. از اینرو برخی از فقهای اسلامی به این تقلید تن در ندادند و به لزوم اجتهاد و مراجعه به مصادر اصلی قانونگذاری (کتاب و سنت) آشکارا پرداختند و از این جهت مذهب آنان مذهب «سلف صالح» نام گرفت،

تقی الدین بن تیمیه و ابن قیم جوزیه از فقیهان حنبلی قرن هشتم هجری (چهاردهم میلادی) را میتوان از احیاکنندگان این روش دانست. در قرن دوازدهم هجری (هیجدهم میلادی) محمد بن عبدالوهاب پیشوای جنبش «وهابی» در شبه جزیره عربستان از روش آنان پیروی کرد و نیز اخیراً در قرن نوزدهم جمال الدین افغانی و شیخ محمد عبده و شاگردان ایندو قیام کردند و به توحید، مذاهب و ترك تقلید و مراجعه بمصادر اصلی شریعت و دوری جستن از بدعتها و خرافه‌ها دعوت کردند. در نتیجه قوانین شریعت اسلام بر اساس نصوص و مدارك اصلی و برپایه نیازمندیهای تمدن امروزی مورد بررسی قرار گرفت.

روش فقه اسلامی

پس از این بیان مختصر از دوره‌های تطور قانونگذاری اسلام، ناگزیریم روشی را که اساتید فقه در تحقیقات و بررسی‌های خود از آن پیروی کرده‌اند، اجمالاً

بچه شیرخوار آن نیز تابع مبیع است.^۱

۴- «باسقوط اصل فرع نیز از بین می‌رود» (ماده ۵۰). بدین معنی که با منتفی شدن اصل، تابع و فرع نیز منتفی می‌شود.^۲ پس اگر کسی، خودبری گردد، کفیل او نیز بری می‌شود (ماده ۶۶۲).

ولی این قاعده با قاعده دیگری که از کتاب الاشباه مأخوذ است، مقید شده است و آن اینست که: «گاهی فرع بدون ثبوت اصل اثبات پذیر است. مثلاً اگر کسی بگوید که فلانی به فلانی این اندازه بدهی دارد و من ضامن آنم، پس اصیل یعنی مدیون در مقام انکار بر آید و بستانکار به ضامن مراجعه کند، پرداخت آن بر ضامن لازم است» (ماده ۸۱). اینجا است که با عدم ثبوت بدهی بدهکار اصیل (مدیون) بدهی ضامن که فرع بر آنست ثابت می‌گردد.^۳ و این نیز دلیلی دیگر برای اثبات این نظریه است که اعتبار دعاوی بستگی با ثبات آنها در دادگاه دارد.

۵- «اگر چیزی باطل گردد، بر منضمات آن نیز قلم بطلان کشیده می‌شود» (ماده ۵۲). مثلاً اگر میان دو نفر عقد خرید و فروشی بسته شود و یکی از آنها دیگری را از برخی از التزامات عقد بری سازد و آنگاه بعلتی اصل بیع باطل گردد، ابراء مذکور نیز باطل می‌شود. چه با بطلان عقد منضمات آن نیز از میان می‌رود زیرا،

۱- ماده ۱۱۹۴ و ۲۳۱ از مجله.

۲- از کتاب الاشباه. و نیز در همانجا آمده است: «الفرع يسقط اذا سقط الاصل». ابن نجیم (ص ۴۸)، و سیوطی (ص ۸۱-۸۲) و در المجامع چنین است «يسقط الفرع بسقوط الاصل» (المنافع ص ۳۳۴).

۳- در ذیل همین ماده، این مثال را برای توضیح آورده‌اند، از اینرو به نقل آن، بدون توجه به آراء و مذاهب دیگر، مبادرت شد.

«آنچه بر فاسد مبتنی باشد خود نیز فاسد است»^۱.

۶- درالمجامع قاعده دیگری بهمین معنی آمده است که: «وجود فرع مخصوص به اصلی دلیل وجود همان اصل است»^۲. بعبارت روشنتر وجود فرعی که بنای آن بر اصل استوار است حاکی از وجود همان اصل است. مثلاً ضمانت فرع وجود دین است و وجود آن از وجود دین حکایت میکند.

ابتداء و بقاء

در شریعت مقرراتی وجود دارد که از صحت برخی از معاملات و تصرفاتی که بصورت مستقل انجام میگیرند ممانعت میکند. مثلاً درمذهب حنفی، بخلاف دیگر مذاهب، هبه سهم مشاع درملك مشترك، اگر قابل افراز و تفکیک باشد جائز نیست^۳. اما اگر این نوع معامله به تبع معامله دیگری یعنی بصورت ضمنی انجام گیرد، صحیح است. مثلاً اگر کسی ملکی را بطور کامل بدیگری ببخشد و سپس شخص ثالثی مدعی مالکیت نصف آن گردد و حق خود را ثابت کند هبه نسبت به نصف باقیمانده جاری میشود و این همان نصف مشاعی است که هبه آن در ابتداء روا نبود ولی بقای آن بصورت اخیر جائز است^۴.

و این معنی در الاشباه^۵ و مجله بدین صورت آمده است که: «البقاء اسهل من

۱- هر دو قاعده از الاشباه ابن نجیم است، ص ۱۵۷-۱۵۸. و مثال نیز الاشباه است که در ماده ۱۵۶۶ مجله نقل شده است.

۲- المنافع، ص ۳۲۶.

۳- در این خصوص به ابلاغیه نظارت عدلیه عثمانی، در روزنامه محاکم، ص ۸۵۳ رجوع شود.

۴- در مذهب امامیه چنین قاعده ای نیست و هبه سهم مشاع نیز بلامانع است. مترجم

۵- از ابن نجیم، ص ۸۹.

الابتداء - بقاء آسانتر از ابتداء است» (ماده ۵۶). و یا «آنچه در حالت ابتداء جائز نیست ممکن است در حالت بقاء جائز باشد». مثال آن اینکه هبه حصه مشاع روا نیست ولی اگر ملکی را هبه کند که در واقع حصه مشاعی از آنرا استحقاق دارد هبه نسبت به حصه مزبور باطل شمرده نمیشود، با اینکه استحقاق او به سهمی شایع است» (ماده ۵۵).

آنچه در مجله بنقل از الاشباه^۱ آمده است تقریباً بدین مضمون است : «نسبت به توابع چشم پوشیهائی میشود که در موارد دیگر جائز نیست، پس اگر خریدار فروشنده را وکیل در قبض مبیع کند این وکالت صحیح نیست. ولی اگر جوالی در اختیار فروشنده بگذارد تامبیع را کیل کند و در آن جای دهد و فروشنده نیز چنین کند، این عمل در حکم قبض خریدار است» (ماده ۵۴). این مثال و نیز چند مثال دیگر در کتاب جامع الفصولین در فصل «ما یثبت ضمناً و حکماً و لا یثبت قصداً»^۲ بیان شده است.

مثال دیگر، وقف اموال منقول، مثل وقف کردن گاوی به تنها، در مذهب حنفی جائز نیست^۳. ولی اگر این وقف به تبع ملکی که مال منقول در آنست صورت گیرد جائز است مثل وقف مزرعه‌ای با گاوها^۴.

۱- در اشباه ابن نجیم (ص ۴۹) و شرح المجامع (ص ۳۳۴) بمبارات گوناگون ذکر شده است.

۲- از سیوطی (ص ۸۳) و از ابن نجیم (ص ۸۷) و نیز در همین کتاب است : «یفتقر فی الشيء ضمناً ما لا یفتقر قصداً».

۳- ج ۲، ص ۳۲۱.

۴- مذهب شیعه بخلاف آنست و در این مذهب وقف هر گونه مال منقول با رعایت شرایط رواست. مترجم

۵- الاختیار شرح المختار، ج ۲ ص ۱۰۶.

و شبهه همین قاعده است قاعده «المنع اسهل من الرفع - منع از رفع آسانتر است». مثال آن اینکه «اسلام از رقیبت و بردگی، در آغاز، جلوگیری می کند ولی پس از حصول رقیبت، رافع آن نیست»^۱. بدین معنی که در اسلام جائز نیست مسلمانی را به بردگی گرفت ولی اگر بنده ای مسلمان شود، بسبب مسلمان شدن رقیبت او زایل نمیشود.

غرامت بر عهده استفاده کننده است^۲

از مبادی اولیه عدالت که در مجله آمده است یکی قاعده «غرامت بر غنیمت برنده است. یعنی هر کس که از چیزی سود میبرد، باید ضرر آنرا نیز متحمل شود» (ماده ۸۷). این قاعده از المجامع^۳ اقتباس شده و موارد آن بسیار است.

بموجب ماده ۱۳۰۸ مجله «ملك مشترك چنانچه نیازمند به تعمیر و ترمیم باشد، صاحبان سهام مشترکاً، به نسبت سهم خود، آنرا تعمیر میکنند». زیرا هیچ یک از شرکا نمیتواند فقط به جلب منفعت بپردازد و خود را از تحمل ضرر و زیان، به نسبت سهم خود، دور نگذارد. و همچنین در قانون اسلام بر وارث است که دیون و بدهی های مرده را، به نسبت سهم خود، از ترکه بپردازد. همچنین گاهی^۴ پرداخت نفقه

۱- القواعد از ابن رجب قاعده ۱۳۴، ص ۳۰۰-۳۰۱.

۲- این قاعده در مذهب شیعه امامیه هم پذیرفته شده است. مترجم

۳- المنافع ص ۳۲۶ و مثل لاتینی است: *Ubi emolumentum ibi onus*.

۴- علت اینکه موضوع را با کلمه «گاهی» آوردیم اینست که گاهی نفقه بدون توجه به استحقاق در ارث، واجب میشود. مثلاً اگر برای کسی که نادار است، دای و پسر عموی ابوی یا ابی باشد، در مذهب حنفی نفقه او بر عهده دای است در صورتیکه پسر عمو وارث اوست نه دای.

بر خویشاوندان ، به نسبت استحقاق آنان در میراث ، واجب میشود.

عکس قاعده فوق هم صحیح است . و بطوریکه در مجله^۱ آمده : «نعمت باندازه نعمت و نقت باندازه نعمت است .» (ماده ۸۸) . و مثال عکس این قاعده کلی «الخراج بالزمان» است . چه ، معنی خراج ، منافع و نتایج و ثمرات حاصله است ، و معنی ضمان مخارج هزینه های لازم و زیان هائیمست که باید تحمل کرد.

این قاعده که حدیث نبوی^۲ است در مجله چنین تفسیر شده است : « هر کس ضامن چیزی ، در صورت تلف بشود ، در مقابل ضمان ، از آن بهره مند میشود . مثلاً اگر مشتری ، حیوانی را با استفاده از خیار عیب پس بدهد به پرداخت اجرت به نسبت مدتی که از آن استفاده برده است ملزم نمیشود ، زیرا اگر این حیوان ، در مدتی که در اختیار مشتری بود ، تلف میشد ، در حقیقت ملك و مال مشتری بود که تلف شده بود ، (ماده ۸۵)^۳ . یعنی اگر کسی حیوانی را خریداری کند و معلوم شود که معیوب است ، و بعلمت وجود عیب آنرا بفروشنده پس دهد خریدار به پرداخت اجرت حیوان به نسبت مدتی که در اختیار او بود ، ملزم نیست . زیرا که اگر حیوان

۱- در مثال لاتینی است : *Qui sentit commodum sentire debet et onus; é contra:*

۲- به نقل از سیوطی در الجامع الصنیر ، شماره ۴۱۳۰ از کتب سنن چهار گانه و مسند احمد و مستدرک حاکم . ولی ابن حزم در صحت این حدیث تردید کرده است . رك ، المحلی ، ج ۸ شماره ۱۲۵۹ .

۳- در حقوق شیعه امامیه در خصوص تلف مبیع بحکم قاعده کلی «التلف فی زمن الخيار ممن لا خيار له» نظریات حقوقدانان برعکس نظرفوق است . برای روشن شدن موضوع ماده ۴۵۳ قانون مدنی ایران عیناً درج میشود : «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود . برعهده مشتری است . و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص بعهده بایع است ، برای مطالعه بیشتر بکتاب فقه شیعه امامیه مراجعه شود . مترجم

در خلال همین مدت تلف میشد در حقیقت از کیسهٔ او تلف شده بود و ارتباطی بفروشنده نداشت. بعلاوه هزینهٔ نگهداری از حیوان در این مدت بمقدار خریده بوده است، پس «خراج حیوان در قبال ضمان» حق او بود.

اثر نهی قانونی

در این مورد دو قاعدهٔ کلی وجود دارد که در مجله از کتاب الاشباه والنظائر^۱ نقل شده است. و از آن دو یکی «هر آنچه گرفتنش حرام است، دادنش هم حرام است» (ماده ۲۴). مثال آن ورشوه ربا است که رشوه و ربا گرفتن همچنین رشوه و ربا دادن هر دو، حرام است. فقهاء فقط حالت اضطرار را از این قاعده استثنا کرده اند^۲. مثلاً اگر ولی طفل از استیلاي غاصب بر مال صغیر بیمناک شود جائز است برای استخلاص آن چیزی بپردازد. قاعدهٔ دیگر «آنچه انجام دادنش حرام است خواستش نیز حرام است» (ماده ۳۵). مثلاً دزدی یا گواهی بدروغ همچنانکه انجام دادن آنها حرام است از کسی خواستن تا مرتکب آنها شود، نیز در همین حکم است.

تعارض مقتضی و مانع

مقتضی سبب انجام عمل و مانع سبب عدم انجام آن است. چنانچه این دو سبب در موردی باهم تعارض کنند، پس کدامیک را باید ترجیح داد؟ با توجه به قواعد کلی منقول در کتاب الاشباه^۳ و مجله: «اگر مانع و مقتضی با یکدیگر تعارض کنند،

۱- از ابن نجیم (ص ۶۳) و از سیوطی (ص ۱۰۲).

۲- در حالت غیر اضطرار، استثناء مواردی نیز یافت شده است. مثلاً اخذ مال مسروقه

از کسی حرام است ولی پس دادن آن بصاحبش حرام نیست بلکه واجب است. مترجم

۳- از ابن نجیم (ص ۴۷) و از سیوطی (ص ۸۰).

تقدم از آن مانع است . پس راهن نمیتواند مالی را که به گرو گذاشته است ، تا زمانی که در تصرف مرتهن است ، بفروشد ، (ماده ۴۶) .

در مثال مذکور دو سبب در « مال گروی » جمع شده است ، یکی ملکیت است که اقتضای میکند مالک حق هر گونه تصرفی را که بخواهد ، در ملک خود داشته باشد ، و دیگری مانع است که از لزوم بقای مال گروی در تصرف بستانکار مرتهن ناشی شده است ، و بدهکار راهن را از تصرف باز میدارد . قاعده مذکور سبب مانع را بر سبب مقتضی ترجیح میدهد و از تصرفات راهن در مال گروی ، تا زمانی که در دست مرتهن است ، جلوگیری می کند^۱ تصرفی برخلاف آن بنماید .

این قاعده ، در حقیقت ، از قاعده دیگری منفرع شده است : « هر گاه حلال و حرام بایکدیگر برخورد کنند غلبه با حرمت است » و گفته اند که این قاعده مستند به حدیثی است بدین عبارت : « ما اجتمع الحلال و الحرام الاغلب الحرام الحلال - حلال و حرام در جائی برخورد نکنند جز اینکه حرام بر حلال غلبه کند »^۲.

۱- چنین است در مجله (ماده ۷۴۷) . و نیز در قانون لبنان راهن نمی تواند مال گروی منقول را بفروشد مگر اینکه فرصت مناسبی برای فروش آن پیش آید و با اجازه قاضی به این کار اقدام کند (ر ک ، ماده ۱۴ تصویب نامه شماره ۴۶ ل مورخ تشرین ثانی سال ۱۹۳۲ که در روزنامه رسمی شماره ۲۷۳۶ سال ۱۹۳۲ منتشر شده است) . اما در موارد تأمین غیر منقول راهن میتواند ملک مزبور را به شرط بقای تأمین ، بفروشد (بمواد ۱۴۶ و ۱۴۷ از قرار مالکیت ، شماره ۳۳۳۹ که قبلاً ذکر شد) .

۲- این حدیث را زیلعی در شرح الكنز (ج ۶ ، ص ۵۴) آورده است و سیوطی (در الاشیاء ص ۴۸) میگوید که بیهقی این حدیث را ضعیف شمرده است ، و عبدالرزاق آنرا در کتاب خود به این مسعود نسبت داده است . حافظ عراقی این حدیث را بی پایه دانسته همچنین محمد بشر ازهری در کتاب تحذیر المسلمین ، ص ۸۱ آنرا در ردیف احادیث ساختگی آورده است .

تغییر سبب ملك

بموجب ماده ۹۸ مجله «تغییر در سبب مالکیت جایگزین تغییر در خود آنست» (ماده ۹۸). این قاعده در المجامع با عبارت فوق و نیز با این عبارت: «اختلاف اسباب بمنزله اختلاف اعیان است»^۱ آمده است که هر دو را با مثلی روشن میسازیم: در مذهب حنفی و مجله واهب (بخشنده) حق دارد که در برخی موارد از هبه خود باز گردد. ولی رجوع واهب موانعی قانونی دارد. از جمله تغییر عین موهوبه در دست موهوب له است. مثلاً اگر عین موهوبه گندم باشد و موهوب له آنرا بصورت آرد در آورد (ماده ۸۶۹). دیگر از موانع فوق، تغییر سبب ملکیت است، مثلاً اگر موهوب له عین موهوبه را بفروشد و یا از راه هبه و تسلیم آن بدیگری آنرا از ملکیت خود خارج سازد (ماده ۸۷۰).

مانع رجوع در حالت اول تغییر وضع عین یا ذات شیء است و در حالت دوم تغییر سبب ملکیت یعنی انتقال آن از موهوب له به شخص دیگری است. و هر دو در يك حکم اند. چه «تغییر در سبب مالکیت جایگزین تغییر در خود آنست».

استعجال

هر چیزی در گرو زمان بخصوصی است، حتی در امور حقوقی. مجله چنین آورده است: «هر کس در بدست آوردن مالی پیش از رسیدن زمان آن شتاب کند، کیفر او در محروم شدن از آنست» (ماده ۹۹)^۲.

مثال آن وارثی است که با کشتن مورث بخواهد زودتر به ترکه دسترسی یابد،

۱- المنافع، ص ۳۱۰ و ۳۱۵.

۲- از الاشباه ابن نجیم (ص ۶۳)، واز سیوطی (ص ۱۰۳) والقواعد ابن رجب (قاعده

و چون قتل از موانع ارث است از اینرو ارث محروم میشود. همچنین اگر موصی له (کسیکه وصیت بنفع اوست) موصی (وصیت کننده) را بکشد، وصیت باطل میشود. اما موارد مستثنی از این قاعده، همچنانکه سیوطی دریافته است، بیشتر از این است: اگر بستانکار بدهکاری را که بدهی او مؤجل است بقتل رساند نه تنها از طلب خود محروم نمیشود بلکه منتظر مدت نیز نماند و طلب او حال و معجل میگردد^۱.

بنظر برخی از حقوقدانان اسلام، مانند ابن حزم، حرمان قاتل از میراث هیچگونه ربطی بشتاب زدگی او در استفاده از ارث، پیش از زمان مقرر ندارد و عده‌ای دیگر از آنان، مانند زهری و سعید بن جبیر و غیره، قاتل عمد را از نظر حقوقی وارث می‌شمارند^۲.

قواعد دیگر

در کتابهای الاشباه والنظائر و در مقدمه مجله احکام عدلیه قاعده‌های دیگری نیز آمده است که بحث درباره آنها را به فصول مربوط در کتاب دیگر خود بنسام «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية» موکول شده است.

و این قواعد بطور کلی به عقود و کارهای غیر مباح، یعنی به تصرفات شرعی اعم از قولی و فعلی، و نیز به اعمال فضولی و درآمدهای غیر مشروع و مطالبی از این قبیل، مربوط است.

موضوع بحث و نیز ترتیب علمی آن به‌لاوه جلو گیری از تکرار سبب شد که بحث در این زمینه را بتأخیر افکنیم.

۱- مسأله مذکور بهیچوجه قابل قیاس با دو مسأله اول نیست. مترجم

۲- المجلی، ج ۹، شماره: ۱۸۴۰، ص ۴۷۹.

این قواعد در مقدمه مجله آمده است:

ماده ۳: العبرة فی العقود للمقاصد والمعانی لا للالفاظ والمبانی ... اعتبار در عقود بمقاصد ومعانی است نه به الفاظ ومبانی . «بشرحی که در فصل سوم از باب پنجم همین کتاب گذشت . مترجم»

ماده ۱۹: لا ضرر ولا ضرار . زیان و زیان رساندن (در اسلام) وجود ندارد . «غرض از لا ضرر نفی هر گونه تجاوز غیر قانونی و هر گونه اضرائی است از فردی نسبت به فرد دیگر و لا ضرار مؤید و مکمل آنست ، و در این مورد بحث های مفصلی شده است . این ماده عین عبارت حدیث نبوی لا ضرر ولا ضرار (فی الاسلام) است که پیغمبر اسلام (ﷺ) درباره مردی بنام سمرة بن جندب فرمودند . بنظر فقیهان امامیه اصلی وجود دارد بنام (اصل تسلیط) که مستخرج است از حدیث (الناس مسلطون علی اموالهم) و بموجب این اصل هر کس میتواند در مال و ملک خود هر گونه تصرفی که بخواهد بکند . و اصل دیگری وجود دارد بنام (لا ضرر و لا ضرار ...) که بر قاعده تسلیط حکومت میکند و موضوع آنرا در مواردی که تصرف شخص در ملک و مال خود موجب زیان دیگری باشد محدود میسازد . مترجم»

ماده ۲۰: الضرر یزال ، ضرر باید رفع شود . «یعنی هر کس تجاوزی زیان آور علیه دیگری انجام دهد به جبران آن محکوم و مکلف است . این یکی از قواعد مهمی است که تعادل اجتماعی افراد حقیقی و حقوقی را تأمین میکند . مترجم»

ماده ۲۵: الضرر لا یزال بمثله . ضرر را با ضرر جبران نتوان کرد . «یعنی شخص متضرر نمیتواند بمنظور قصاص و انتقام از شخص متجاوز موجبات ضرر و زیان او را

۱- مؤلف در اینجا تنها بنقل قواعد ، اکتفا جسته است ولی ما پس از نقل قواعد و ترجمه آنها توضیح مختصری نیز اگر لازم باشد، درباره هر يك از آنها در گیومه میآوریم .

مترجم

بیان کنیم .

از اختلافی که میان اهل رأی و اهل حدیث پدیدار شده بود، پیشتر سخن را ندیم مثلی که بتواند اجمالا نوع این اختلاف را روشن سازد، در اینجا نقل میکنیم . در تفسیر این حدیث شریف : «لا تبعوا الزمر حتی یبدوا صلاحه» اختلاف کرده اند . پیروان حدیث معنی «صلاح» را ظهور نضج میوه و پیدایش شیرینی آن دانسته اند بنابراین بیع میوه های نارس را ضمن میوه های رسیده روا نمیدانند و لسی طرفداران رأی «صلاح» را ایمنی از فساد و تباهی گرفته اند و چنان بیعی در نظر آنان روا و جائز است.^{۱، ۲}

اگر بخواهیم مذاهب سنی را از جهت توسع در رأی طبقه بندی کنیم لازمست مذهب حنفی را در مقام اول و مذهب ظاهری را در ردیف آخر و مذاهب شافعی و مالکی و حنبلی را بترتیب در این میان درجه بندی کنیم . گرچه ترتیب مذکور تقریبی و اجمالی است و چه بسا در مواردی بخصوص قضیه بعکس باشد و در برخی از مسائل اختلاف نماید مثلاً همانطوریکه خواهیم دید در پذیرفتن گواهی گواه واحد مذهب حنبلی در توسعه قیاس دست خود را بالاتر از مذهب حنفی گرفته است ، و از این قبیل: و اختلاف میان پیشوایان مذاهب به همین صورت میان شاگردان ایشان ادامه نیافت و دیده شد که بسیاری از شاگردان يك امام به شهرهای دیگر کوچ کردند و با

۱- رجوع شود به کتاب النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية (ج ۲

ص ۷۴-۷۵) و ماده ۴۰۷ از المجله .

۲- در میوه سه حالتست : ۱- پیش از ظهور ، ۲- پس از ظهور و پیش از بدو صلاح، ۳- پس از ظهور و پس از بدو صلاح . قطع نظر از اینکه بدو صلاح با اختلاف میوه ها گوناگون میباشد بنظر فقهای شیعه امامیه بیع میوه پیش از ظهور و پدید آمدن جائز نیست و بعد از آن و قبل از بدو صلاح اصولاً روا نیست مگر بشرط چیدن و یا ضمیمه نمودن به چیزی که مالیت دارد و یا ضمیمه نمودن به میوه و محصول سال آینده یعنی بیع ثمره دو ساله باغ و اما بیع میوه بعد از ظهور و بدو صلاح جائز و صحیح است . و آنچه بیان شد قول مشهور میباشد - مترجم .

فراهم سازد بلکه او مطابق ماده ۲۰ باید در مقام جبران زیان برآید . مترجم»
 ماده ۵۳. اذا بطل الاصل يصار الى البدل . اگر اصل از بین برود باید به بدل آن
 متوجه شد . «لفظ بدل اعم از مثل و قیمت است . این قاعده نیز از قواعد مهم مربوط
 بالزامات است . اگر کسی عین مال دیگری را تلف کند ، در صورت مثلی بودن مثل
 والا قیمت آنرا ضامن است . مترجم»

ماده ۵۷ : لا يتم التبرع الا قبض ... تبرع کامل نمیشود مگر با قبض . «امر
 تبرعی و عقود بلاعوض مانند هبه و وقف و غیره دو سند قضائی لازم دارند یکی جریان
 عقد ، یعنی ایجاب و قبول و دیگری قبض و اقباض و تسلیم و تسلیم است . و شرط اخیر
 از شرائط لازم وقوع قضیه است و بدون آن تبرعات اتمام نمیپذیرند و واهب یا واقف
 و یا متبرع میتوانند از قول خود رجوع و عقد تبرعی را بهم بزنند . مترجم»

ماده ۵۸ : التصرف على الرعية منوط بالمصلحة . تصرف در امور رعیت باید
 منوط بمصلحت باشد . «بهمان نحویکه ولی و قیم بهنگام اقتضاء مصالح می تواند در
 اموال مولی علیه تصرفاتی به نفع او کند ، دولت نیز بهنگام ایجاب مصالح مردم
 میتواند در امور آنان هر گونه دخالت و تصرف را بنماید . مترجم»

ماده ۵۹ : الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة . ولایت خاصه از ولایت
 عامه قوی تر است . «این قاعده قابل نظر و تأمل است . چه ولایت عامه که حافظ
 حقوق و حدود عمومی است باید بر هر قدرت دیگری حتی ولایت خاصه برتری داشته
 باشد . چه حق عمومی مقدم بر حق فرد است . مترجم»

ماده ۶۷ : لا ينسب الى ساكت قول ، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان .
 به شخص ساکت گفتاری نسبت داده نمیشود ، اما سکوت در مقام حاجت بمنزله بیان
 است : «مثلاً در فقه شیعه امامیه سکوت با کراه در امر ازدواج ظاهراً دال بر رضای
 او و بمنزله بیان است . مترجم»

ماده ۶۹ : الكتاب كالخطاب . نوشته و نگارش مانند خطاب و بیان است .
 « بلکه در حقوق امروزه اسناد تنظیمی و نوشته‌ها به مراتب قویتر و ارزش قضائی بیشتری
 بهر مندند . مترجم »

ماده ۷۰ : الاشارات المعهودة للاخرس كالبيان باللسان . اشارات معمول برای
 اشخاص گنگ در حکم بیان از راه زبان است .

ماده ۷۲ : لاعبرة بالظن البين خطأه . گمانی که خطای آن آشکار است هیچگونه
 اعتباری ندارد . « در فصل چهارم از باب پنجم همین کتاب ، در مورد ارزش اثبات
 اجمالا به این قاعده اشاره شد . مترجم »

ماده ۸۲ : المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط . هر آنچه به امر
 دیگری تعلیق شود ثبوتش به ثبوت شرط مترتب است .

ماده ۸۳ : يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان . رعایت شرط تا حد امکان لازم
 است .

ماده ۸۴ : المواعيد باكتساء صور التعاليق تكون لازمة ... پیمان‌ها با تحقق
 شرائط مربوط لازم الاجراء میشوند . « این ماده در واقع مؤید و متمم ماده ۸۲ است
 و بموجب آن هر گاه تعلیق‌ها و شرائط محقق شوند ، پیمان‌ها لازم الاتباع میگردند .
 مترجم »

ماده ۸۶ : الاجر و الضمان لا يجتمعان . اجر و ضمان قابل جمع نیستند .
 « مثلاً اگر کسی که برای کاری اجیر شده است در حین کار بمیرد و یا چیزی که
 بمنظور استفاده از آن ، به اجاره داده شده است در حین استفاده از بین برود ، موجر
 در مورد اول و مستأجر در مورد دوم ضامن نیست و مسئولیتی متوجه او نمیشود . و این
 بخلاف تئوری معروف خطر «*Risque*» است که بلحاظ پیشرفت صنایع ماشینی در حقوق
 امروز پدید آمده است . مترجم »

ماده ۸۹ : یضاف الفعل الى الفاعل لا الامر مالم يكن مجبراً. چنانچه اجباری در کار نباشد، نسبت فعل به فاعل داده میشود نه به دستور دهنده. « بنابراین قاعده اگر بکسی فرمان داده شود که زبانی بدیگری وارد آورد شخص فاعل در برابر زیان دیده مسئول و ضامن خسارت وی است مگر اینکه ثابت شود فاعل مذکور مجبور بوده است. مترجم»

ماده ۹۰: اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر... اگر سبب و نیز مباشری در کار باشد مسئولیت متوجه مباشر میگردد. «بموجب این قاعده اگر کسی سبب تلف مال دیگری را ایجاد کند ولی میان این سبب و اصل عمل اضرائی، فعل مختاری واسطه گردد، مسئولیت و ضمان متوجه واسطه مذکور است که مباشر نامیده میشود. و بموجب ماده ۳۳۳ قانون مدنی ایران که متخذ از فقه امامیه است: هر گاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود، مباشر مسئول است نه سبب، مگر اینکه سبب اقوی باشد بنحویکه عرفاً اتلاف، مستند باو شود. مترجم»

ماده ۹۱: الجواز الشرعی ینافی الضمان... جواز شرعی با ضمان منافات دارد. «بموجب این قاعده اجازه و اختیار قانونی با مسئولیت شخص مجاز و مختار توأم نمیکرد و هر کس با اجازه و اختیار قانون و یا به دستور قانون عملی انجام دهد که برای دیگری زیان آور باشد هیچگونه مسئولیتی متوجه او نخواهد شد. مترجم»

ماده ۹۲: المباشر ضامن وان لم يتعمد. مباشر مسئول است اگر چه تعمدی نداشته باشد. «برای تأیید و توضیح مطلب ماده ۳۲۸ قانون مدنی ایران عیناً درج میشود: هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آنست و باید مثل یا قیمت آنرا بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آنرا ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است. بنابراین

هیچگونه فرقی میان اضرار عمدی که اصطلاحاً بآن جرم مدنی و اضرار غیر عمدی که اصطلاحاً آنرا شبه جرم مینامند، نیست و هر دو بیک نحو از مصادر الزامات قهری بشمار میروند. مترجم

ماده ۹۳: المتسبب لایضمن الا بالنعمد. سبب وقتی ضامن است که تعدد داشته باشد. «سبب وقتی مسئول است که قصد و عمد داشته باشد ولی چنین امری شرط مسئولیت مباشر نیست زیرا مباشر، چه عمد داشته باشد و چه نداشته باشد، در هر صورت ضامن است. مترجم»

ماده ۹۴: جنایة العجماء جبار. گزند وارد از جانب بهایم و حیوانات بهدر می‌رود. «در حقوق اسلام اصل این است که زیان‌ها و گزندهای ناشی از حیوانات، برای صاحبانشان مسئولیت و ضمان ایجاد نمیکنند مگر اینکه ثابت شود صاحب حیوان در نگهداری آن تقصیر داشته است. و ماده ۳۳۴ قانون مدنی ایران که از حقوق امامیه اتخاذ گردیده است میگوید: مالک یا متصرف حیوان، مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد میشود، مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد. لیکن در هر حال اگر حیوان بواسطه عمل کسی منشاء ضرر گردد فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود. مترجم»

ماده ۹۵: الامر بالتصرف فی ملک الغير باطل. امر بتصرف در ملک دیگری باطل است. «وقتی تصرف در ملک غیر امری برخلاف قانون باشد، امر بتصرف در ملک غیر نیز امری خلاف قانون است. مترجم»

ماده ۹۶: لایجوز لاحد ان يتصرف فی ملک الغير بلا اذنه. برای هیچکس جایز نیست که در ملک غیر، بدون اجازه او تصرف کند.

ماده ۹۷: لایجوز لاحد ان يأخذ مال احد بلاسبب شرعی. برای هیچکس جایز نیست که مال دیگری را بدون سبب شرعی برگیرد.

« این دو قاعده افراد را از تجاوز بحقوق و اموال یکدیگر منع میکند . بموجب قاعده اول هر گونه تجاوز و تصرف در ملك دیگری بدون اذن صاحبش ممنوع است (جز معاملات فضولی که تنفیذ آنها نیز بسته با اجازه صاحب مال است) . قاعده دوم از مداخله در مال و ملك دیگری بدون سبب قانونی ، از قبیل ولایت یا قائم مقامی و یا سبب تملیکی دیگر ، نهی میکند و چنان تجاوزی بموجب قواعدی مانند قاعده ضمان و قاعده ضمان مقبوض به عقد فاسد و ضمان اتلاف و ضمان غرور و ضمان تسبیب موجب مسئولیت منجاوز میگردد . قواعد مزبور به آیه « لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل... » و حدیث شریف « علی الیدما اخذت حتی تؤدی » و « لا یحل مال امرء الا بطیب نفسه » و « حرمة مال المسلم کحرمة دمه » و گفتار امام جعفر صادق علیه السلام « کل شیء یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یشیه » مبتنی است . مترجم »

پایان

مهمترین منابع و مأخذ کتاب

۱- قرآن کریم

ابونصر (هبة الله بن سلامة) - الناسخ والمنسوخ ، در حاشیه اسباب النزول چاپ شده است .

رازی (فخرالدین محمد) - مفاتیح الغیب مشهور به تفسیر کبیر ، چاپخانه عامره شرفی ، مصر ، ۱۳۲۴ هـ ، هشت جزء .

زه خشری (محمود) - تفسیر کشاف ، چاپخانه مصطفی محمد ، مصر ، ۱۳۵۴ هـ ، چهار جزء .

زنجانی (ابوعبدالله) - تاریخ القرآن ، قاهره ، ۱۹۳۵ .

سلیمان (شیخ محمد) - حدث الاحداث الاقدام علی ترجمه القرآن ، مصر ، ۱۳۵۵ هـ .

سیوطی (جلال الدین) - الانتقان فی علوم القرآن ، چاپخانه معاهد ، مصر ، ۱۹۳۵ م ، دو جزء .

۱- مراجع دیگر خصوصاً قوانین و مجلات و فرمانها در پاورقی های مربوط درج

شده است .

شرنبلالی - رسالة النفحة القدسية في احكام قراءة القرآن و كتابته بالفارسية، مصر، ۱۳۵۵ هـ.

طبری (محمد بن جریر) - جامع البیان فی تفسیر القرآن، مصر، ۱۳۲۱ هـ، ۳۰ جزء.

محلی (جلال الدین) و سیوطی - تفسیر جلالین، چاپخانه حلبی، مصر، ۱۳۵۲ هـ، دو جزء.

واحدی نیشابوری (ابوالحسن علی بن احمد) - اسباب النزول، چاپخانه هندی، مصر، ۱۳۱۵ هـ.

وجدی (محمد فرید) - الادلة العلمية على جواز ترجمة معاني القرآن الى اللغات الاجنبية، مصر، ۱۹۳۶.

۳- سنت

ابن قیم جوزیه - زاد المعاد فی هدی خیر العباد، مصر، ۱۹۳۴، چهار جزء.

ابن حنبل (احمد) - مسند، چاپخانه میمنیه، ۱۳۱۳ هـ، شش جزء.

ابن قتیبه - تأویل مختلف الحديث، مصر، ۱۳۲۶ هـ.

ابو داود سجستانی (سلیمان) - السنن، چاپخانه مصطفی محمد، چهار جزء.

ازهری (محمد بشر) - تحذیر المسلمین من الاحادیث الموضوعة، مصر،

۱۹۰۳.

بخاری - الجامع الصحيح، چاپخانه حلبی، مصر، نه جزء.

بغوی (حسین بن مسعود) - مصابیح السنة، چاپخانه صبیح، مصر، دو جزء.

ترمذی - السنن - چاپخانه حلبی، مصر.

- زرقانی - شرح الموطأ ، چاپخانه مصطفی محمد ، مصر ، ۱۹۳۶ ، ۴ جزء .
- سیوطی - تنویر الحوالک شرح موطأ مالک ، مصر ، ۱۳۴۸ هـ ، دو جزء .
- سیوطی - الجامع الصغیر من حدیث البشیر النذیر ، چاپخانه مصطفی محمد ، ۱۳۵۲ هـ ، دو جزء .
- سیوطی - الفتح الکبیر فی ضم الزیادة الی الجامع الصغیر ، جمع النبهانی ، ۱۳۵۰ هـ ، سه جزء .
- سیوطی - اللآلی المصنوعة فی الاحادیث الموضوعة ، چاپخانه حسینیة مصری ، ۱۳۵۲ هـ ، دو جزء .
- شافعی - اختلاف الحدیث ومسند شافعی (در حاشیه کتاب الام) .
- شوکانی (محمد بن علی) - نیل الاوطار شرح منتقى الاخبار ، چاپخانه حلبی ، مصر ، ۱۳۴۷ هـ ، هشت جزء .
- عینی (بدرالدین) - عمدة القاری شرح صحیح بخاری ، چاپخانه منیریة ، مصر ، ۱۳۴۸ هـ ، ۲۵ جزء .
- قاسمی (جمال الدین) - قواعد التحديث من فنون مصطلح الحدیث ، دمشق ، ۱۹۲۵ .
- قدسی (حسام الدین) - الرد علی رسالة المغنی ، دمشق ، ۱۹۲۵ .
- مسلم - صحیح الامام مسلم ، چاپ صبیح ، مصر ، ۱۳۳۴ هـ ، هشت جزء .
- مناوی - کنوز الحقائق فی حدیث خیر الخلائق ، مصر ، ۱۳۰۵ هـ .
- موصلی - رسالة المغنی عن الحفظ والکتاب ، مصر ، ۱۳۴۲ هـ .
- نسائی - السنن ، با شرح سیوطی ، چاپخانه مصری ، مصر ، ۱۹۳۰ ، ۸ جزء .
- نووی (محبی الدین) - شرح صحیح مسلم ، چاپخانه حجازی قاهره ، ۱۳۴۹ هـ ، ۱۸ جزء .

۳- علم اصول

آمدی (سیف الدین) - الاحکام، فی اصول الاحکام، چاپخانه صبیح، مصر، ۱۳۴۷ هـ، سه جزء.

ابن امیر الحاج - التقرير والتحجير شرح التحجير، بولاق، ۱۳۱۶ - ۱۸ هـ، سه جزء.

ابن حزم - الاحکام لاصول الاحکام، چاپخانه سعادت، مصر، ۱۳۴۵-۵۴۸ هـ، ۸ جزء.
ابن حزم - رسالة النبذ فی الفقه الظاهري، چاپخانه انوار، مصر، ۱۳۶۰ هـ.
ابن عبدالسلام (عزالدین) - قواعد الاحکام فی مصالح الانام، کتابخانه حسینی، مصر، ۱۹۳۴، دو جزء.

ابن ملک - شرح المنار، استانبول، ۱۳۱۴ هـ.

ابن تیمیه - رسالة معارج الاصول، مصر، ۱۳۲۳ هـ.

اسنوی - نهاية السؤل شرح منهاج الوصول (با منهاج البیضاوی چاپ شده است).

بهارى (محب الله بن عبدالشکور) - مسلم الثبوت، مصر، ۱۳۲۶ هـ، دو جزء.

بیضاوی - منهاج الوصول الى علم الاصول، چاپخانه توفیق، مصر، سه جزء.

خضری (شیخ محمد) - اصول الفقه، چاپ دوم مصر، ۱۹۳۳.

رضا (محمد رشید) - رسالة یسر الاسلام و اصول التشريع العام، مصر،

۱۹۳۸.

سبکی (تقی الدین و تاج الدین) - الابهاج شرح المنهاج (با شرح اسنوی چاپ شده است).

سبکی (تاج الدین) - جمع الجوامع و شرح آن از محلی با حاشیه بنانی،

مصر، ۱۳۵۴ هـ، دو جزء.

شاطبی (ابواسحق) -- الاعتصام ، چاپخانه مصطفی محمد ، مصر ، ۱۳۳۲ هـ ،
دو جزء .

شاطبی - الموافقات فی اصول الشریعة ، چاپخانه رحمانیه ، مصر ، چهار جزء .
شافعی - الرسالة فی علم الاصول ، چاپخانه علمیه ، مصر ، ۱۳۱۲ هـ .
شوکانی -- رسالة القول المفید فی ادلة الاجتهاد والتقليد ، ۱۹۲۹ .
عضدالدین (قاضی) -- شرح بر مختصر المنتهی از ابن حاجب ، ۱۳۰۷ هـ ،
دو جزء .

غزالی (ابوحامد) -- المستصفی من علم الاصول ، مصر ، ۱۹۳۷ ، دو جزء .
کوز لحصاری (مصطفی) -- منافع الدقائق شرح هجامع الحقائق از ابوسعید
خادمی ، استانبول ، ۱۳۰۸ هـ .

۴- فقه حنفی

ابن بزاز - الفتاوی البزازیة یا الجامع الوجیز (چاپ به حاشیة الفتاوی
الهندیة) .

ابن همام (کمال الدین) - فتح القدير شرح الهدایة و حاشیة آن العنایة ،
بولاق ، ۱۳۱۵ - ۵۱۸ ، هشت جزء .

ابن عابدین (محمد امین) - الحاشیة که رد المحتار علی الدر المختار نامیده
شده است ، دارالسعادة ، ۱۳۲۴ هـ ، پنج جزء والتکملة دو جزء .

ابن عابدین - شرح منظومة عقود رسم المفتی ، چاپخانه معارف سوریه ،
۱۳۰۱ هـ .

ابن عابدین - نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف ، چاپخانه معارف
سوریه ، ۱۳۰۱ هـ .

پیشوایان دیگر و نیز باشاگردان آنان برخورد نمودند و از هم بهره‌ها گرفتند و میان آنان جدال و مناظره و گفتگوهای پدید آمد.^۱

و همین سبب شد که زمینه‌جدیدی بوجود آید که نظریات متعارض را بیکدیگر نزدیک سازد و روش اهل رأی و اهل حدیث بهم آمیخته شود و موجب پیدایش مکاتب میانه روی در تقریب آرای مختلف گردد. چنانچه این تقریب در مذهب جدید شافعی و نظریات ابویوسف و طحاوی و دیگران آشکار است. حتی در کتب حنفیان احادیث فراوانی وجود دارد که مورد قبول اهل حدیث نیست و همچنین در مذاهب پیروان حدیث توسعی آشکار در اجتهاد دیده میشود مانند دلیل «مصلح مرسله» پیش مالکیان و «اتجاه عقلی ملموس» نزد نوآوران و احیاء کنندگان مذهب حنبلی مثل ابن تیمیه و ابن قیم جوزیه.

و اما از نظر روش تحقیق، دانشمندان فقه اسلامی در استدلال و استخراج آراء خود از نصوص موجود روش تحلیلی بکار برده‌اند و در جاهائی که نص نیافته‌اند باستقراء پرداخته‌اند، بدین معنی که فقیهان نص را بمنزله قاعده‌ای گرفته و سپس به تفسیر و تحلیل و استخراج نتایج و فروع پرداخته‌اند و در جائیکه نص نمی‌یافتند هوشمندانه احتراز میکردند تا از پیش خود قاعده سازی نکنند و در پیش آمدهای اتفاقی و نیز فروعیکه بهنگام درس عنوان میشد بررسی میکردند و با قیاس و اجماع و دیگر ادله شرعیه، با اجتهاد حکم آنها را استنباط میکردند و اجتهاد آنان مبتنی بر استقراء و کاوش همراه با احتیاط و دور اندیشی بود. با توجه بمراتب مذکور است که کلیه فقیهان اسلامی نظریات خود را در امور مدنی و کیفری بررسی کردند. ولی اینکار مانع از این نشد که دانشمندان متأخر قواعد اساسی حقوقی را از این بند رها کنند و با روش علمی و مبسوط بمطالعه آنها پردازند.

ابن قاضی سماوة یا سماونة (شیخ محمود بن اسماعیل) - جامع الفصولین ، چاپخانه ازهریه ، مصر ، ۱۳۰۰ هـ ، دو جزء .

ابن نجیم (زین العابدین) - البحر الرائق شرح كنز الدقائق (و حاشیه آن منحة الخالق از ابن عابدین) ، چاپخانه دارالكتب العربية الكبرى ، مصر ، ۱۳۳۴ هـ ، هشت جزء .

ابن نجیم - الاشباه والنظائر ، چاپخانه حسینیة مصری ، ۱۳۲۲ هـ .
ابن وهبان - منظومة الوهبانية ، در حاشیه المحببة چاپ شده است ، ۱۲۹۶ هـ .
حصكفی (محمد علاء الدین) - الدر المختار شرح تنویر الابصار ، چاپخانه الواعظ ، مصر ، دو جزء .

حموی (احمد بن محمد) - غمز عیون البصائر شرح الاشباه و النظائر ، دار الطباعة العامرة ، ۱۲۹۰ هـ ، دو جزء .

خفاف - كتاب الحیل ، قاهره ، ۱۳۱۴ هـ .
داماد افندی (محمد بن سلیمان) - مجمع الانهر شرح ملئقی البحر وحاشیه آن الدر المنئقی شرح الملئقی ، دار الطباعة العامرة ، ۱۳۲۸ هـ ، دو جزء .

رملی (خیرالدین منیف) - الفتاوی الخیریه ، دارالسعادة ، ۱۳۱۱ هـ .
زیلعی (عثمان بن علی) - تبیین الحقایق شرح كنز الدقائق ، بولاق ، ۱۳۱۳-۱۵ هـ ، شش جزء .

سرخسی (شمس الدین) - المبسوط شرح الکافی ، چاپخانه سعادت ، مصر ، ۱۳۳۱ هـ ، سی جزء .

شیبانی (محمد بن حسن) - الجامع الصغير (حاشیه الخراج ، چاپ بولاق) .
شیبانی - الجامع الكبير ، چاپخانه استقامت ، ۱۳۵۶ هـ .

شیبانی - الامالی ، چاپخانه دارالمعارف العثمانیه ، حیدرآباد دکن ، ۱۳۶۰ هـ .

- عالمگیر - الفتاویٰ الہندیہ ، چاپخانہ میمنیہ ، مصر ، ۱۳۲۳ھ ، ۶ جزء .
 قاری (ملا علی) - شرح الفقہ الاکبر ، مصر ، ۱۳۲۳ھ .
 قاضیخان (محمود اوزجندی) - الفتاویٰ الخانیہ (حاشیہ الفتاویٰ الہندیہ) .
 کاسانی (علاء الدین) - بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع ، مصر ، ۱۳۲۷-۲۸ھ ،
 ہفت جزء .
 مرغینانی (برہان الدین) - الہدایہ شرح بدایۃ المبتدی ، چاپخانہ خیریہ ،
 ۱۳۲۶-۲۷ھ ، چہار جزء .
 موصلی (عبد اللہ) - المختار وشرح آن الاختیار ، چاپخانہ حجازی ، مصر ،
 دو جزء .

۵- فقہ مالکی

- ابن جزی - القوانین الفقہیہ فی تلخیص مذهب المالکیہ ، فاس ، ۱۹۳۵ .
 ابن عاصم - تحفۃ الحکام ، چاپخانہ مصطفیٰ محمد ، مصر ، ۱۳۵۵ھ ، دو جزء .
 ابن فرحون (ابراہیم بن محمد) - تبصرۃ الحکام ، مصر ، ۱۳۰۲ھ ، دو جزء .
 تسولی (ابوالحسن) - البہجۃ فی شرح النحفۃ ، با النحفۃ .
 خطاب (ابوعبد اللہ) - مواہب الجلیل شرح سیدی خلیل ، چاپخانہ سعادت ،
 مصر ، ۱۳۲۸-۲۹ھ ، شش جزء .
 خرسی (عبد اللہ) - شرح مختصر سیدی خلیل ، چاپخانہ عامرہ ، مصر ،
 ۱۳۱۶-۱۷ھ ، پنج جزء .
 عدوی - حاشیہ او بر شرح خرسی (چاپ بہ حاشیہ خرسی) .
 قرافی - الاحکام فی تمییز الفتاویٰ عن الاحکام ، چاپخانہ انوار ، ۱۹۳۸ .
 مالک (امام) - المدونۃ الکبریٰ بروایت سخنون ، چاپخانہ سعادت ، مصر ،

۱۳۲۳ هـ، ۱۶ جزء .

مواق - التاج والا کلیل لمختصر خلیل (چاپ به حاشیه خطاب) .

۶- فقه شافعی

ابن حجر - الفتاوی الحدیثیة ، چاپخانه تقدم .

البصیر (ابوالفضل ولی الدین) - النهاية شرح الغایة والتقریب از ابوشجاع ، مصر ، چاپخانه حجازی ، سه جزء .

رافعی - فتح العزیز شرح الوجیز (به ذیل کتاب المجموع چاپ شده است) .

سبکی (تقی الدین) - الفتاوی ، مصر ، ۱۳۵۵-۱۳۵۶ هـ ، دو جزء .

سیوطی - الاشباه والنظائر ، چاپخانه مصطفی محمد ، ۱۹۳۶ .

شافعی - کتاب الام ، بولاق ، ۱۳۲۵ هـ ، هفت جزء .

شیرازی (ابواسحق) - المذهب ، چاپخانه حلبی ، مصر ، ۱۳۴۳ هـ ، دو جزء .

غزالی - الوجیز ، چاپخانه المؤید والآداب ، مصر ، ۱۳۱۷ هـ ، دو جزء .

مزنی - المختصر (به حاشیه الام چاپ شده است) .

نووی - المجموع شرح المذهب وتکملة آن از تقی الدین سبکی ، ۱۳۴۴-۱۳۵۳ هـ ،

تا کنون ۱۲ جزء چاپ شده است .

نووی - منهاج الطالبین ، چاپخانه خیریه مصر ، ۱۳۱۹ هـ .

نووی - الفتاوی المعروفة بالمسائل المنشورة ، دمشق ، ۱۳۴۸ هـ .

۷- فقه حنبلی

ابن قیم جوزیه - اعلام الموقعین عن رب العالمین ، چاپخانه منبریه ، چهار

جزء .

- ابن قيم جوزيه - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، مصر ، ۱۳۱۷ هـ .
- ابن تيميه - مجموعة الرسائل الكبرى ، مصر ، ۱۳۲۳ هـ .
- ابن تيميه - فتاوى ، مصر ، ۱۳۲۶-۲۹ هـ ، پنج جزء .
- ابن رجب (ابو الفرج عبدالرحمن) - القوائد في الفقه الاسلامي ، چاپخانه الصدق الخيرية ، مصر ، ۱۹۳۳ .
- ابن قدامه (موفق الدين) - كتاب المغنى ، چاپخانه المنار ، مصر ، چاپ دوم ۱۲ جزء .
- ابن قدامه مقدسي (شمس الدين) - الشرح الكبير (به ذيل المغنى چاپ شده است) .

۸- ماخذ ديگر از مذاهب سنی

- ابن حزم - المحلى ، چاپخانه نهضت ، مصر ، ۱۳۴۷-۵۲ هـ ، ۱۱ جزء .
- ابن رشد (حفيد) - بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، چاپخانه صبيح ، مصر ، چاپ اول ، دو جزء .
- دمشقي - رحمة الامة في اختلاف الائمة (در حاشیه الميزان الكبرى بچاپ رسیده است) .
- شعرانی (عبدالوهاب) - كتاب الميزان الكبرى . چاپخانه از هريه ۱۹۳۲ هـ ، دو جزء .
- صبرى (محمد حافظ) - المقارنات و المقابلات ، مصر ، ۱۹۰۲ .
- قراfi (شهاب الدين) - الفروق ، مصر ، چاپ اول ، ۱۳۴۴-۴۶ هـ ، ۴ جزء .
- محمصانى (صبحى) - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، دو جزء ، دارالكشاف ، بيروت ، ۱۹۴۸ .

۹- کتابهای شیعه در فقه و اصول

باقر (حاج سیدمحمد) - وسیلة الوسائل فی شرح الرسائل فی علم الاصول ، چاپخانه تبریزی ، ۱۲۹۰ هـ .

باقر (محمد) - حل العقول لعقد الفحول (باوسیلة الوسائل بچاپ رسیده است) .
حرءاملی (محمد بن حسن بن علی) - وسائل الشیعة الی مسائل الشریعة ، تهران ، ۱۲۸۸ هـ ، شش جزء .

حسینی عاملی (محمد جواد بن محمد) - مفتاح الکرامة شرح قواعد العلامة ، چاپخانه شوری ، مصر ، ۱۳۲۳ - ۲۶ هـ ، چاپ آن ناتمام است .

حلی محقق (جعفر بن حسن) - شرائع الاسلام ، چاپخانه تبریزی ، ۱۳۲۰ هـ .
حیمی - الروض النضیر شرح المجموع (فقه زیدی) ، با تنمّه آن از حسنی یمنی ، چاپخانه سعادت ، مصر ، ۱۳۴۷-۴۹ هـ ، پنج جزء .

فیضی (علی اصغر) - دعائم الاسلام ، کتب الوصیة والجهاد والمقدمات ، اکسفورد ، ۱۹۳۳ ، و مصر ۱۹۵۱ .

کاظمی (محمد مهدی) - احسن الودیعة فی تراجم مشاهیر الشیعة ، بغداد ، ۱۳۴۸ هـ ، دو جزء .

کاظمی (محمد مهدی) - عناوین الاصول ، بغداد ، ۱۳۴۲ هـ .

کلینی - اصول لکافی ، ۱۳۰۵ هـ .

۱۰- تاریخ فقه و طبقات فقهاء

ابن جوزی - مناقب الامام احمد بن حنبل ، چاپخانه سعادت ، مصر ،

۱۳۴۹ هـ .

ابن فرحون - الديباج المذهب فی معرفة اعیان علماء المذهب ، مصر ،

۱۳۵۱ هـ .

ابن ندیم - الفهرست ، چاپخانه رحمانیه ، مصر ، ۱۳۴۸ هـ .

ابن خلیکان - وفيات الاعیان و انباء ابناء الزمان ، چاپخانه میمنیه ، مصر ،

۱۳۱۰ ، دو جزء .

ابن عبدالبر - الانتقاء فی فضائل الثلاثة الائمة الفقهاء ، قاهره ، ۱۳۵۰ هـ .

ابن قتیبه - الامامة والسیاسة ، چاپخانه مصطفی محمد ، مصر ، دو جزء .

ابن قتیبه - المعارف ، چاپخانه اسلامی ، مصر ، ۱۹۳۴ .

امین (احمد) - فجر الاسلام ، مصر ، چاپ دوم ، ۱۹۳۳ .

امین (احمد) - ضحی الاسلام ، مصر ، ۱۹۳۴-۱۹۳۶ ، سه جزء .

تنبکینی (سیدی احمد بابا) - نیل الابتهاج بتطریز الدیباج ، درحاشیه الدیباج المذهب از ابن فرحون .

تیمور پاشا (احمد) - نظرة تاریخیة فی حدوث المذاهب و انتشارها ، چاپخانه

سلفیه ، قاهره ، ۱۳۴۴ هـ .

حسینی (ابوبکر بن هداية الله) - طبقات الشافعية ، بغداد ، ۱۳۵۶ هـ .

خضری - تاریخ التشريع الاسلامی ، مصر ، چاپ دوم ، ۱۹۲۶ .

خضری - محاضرات تاریخ الامم الاسلامیة ، چاپ چهارم ، مصر ، ۱۳۵۴ هـ ،

دو جزء .

خضری - محاضرات تاریخ الدولة العباسیة ، چاپ چهارم ، مصر ، ۱۳۵۳ هـ

خطیب (احمد بن علی) - تاریخ بغداد ، مصر ، ۱۹۳۱ ، ۱۴ جزء .

رازی (فخر الدین) - مناقب الامام الشافعی ، مصر ، ۱۲۷۹ هـ .

رضا (محمد رشید) - تاریخ الاستاذ الامام الشیخ محمد عبده ، چاپخانه المنار ،

مصر ، ۱۹۳۱ .

سامی بیک - قاموس الاعلام ، استانبول ، ۱۳۰۶ هـ .

سبکی (تاج الدین) - طبقات الشافعية الكبرى ، مصر ، ۱۳۲۴ هـ ، شش جزء .

سبکی و سائس و بربری - تاريخ التشريع الاسلامی ، مصر ، چاپ دوم ،

۱۹۳۹ .

سیوطی - حسن المحاضرة في اخبار مصر و القاهرة ، چاپ مصطفى محمد ،

مصر ، دو جزء .

شطی (جمیل) - مختصر طبقات الحنابلة ، دمشق ، ۱۳۳۹ هـ .

شیرازی - طبقات الفقهاء ، ۱۳۵۶ هـ .

طاشکبری (محمد بن مصطفى) - الشقائق النعمانية في علماء الدولة العثمانية

(در حاشیه ابن خلکان) .

عبدالقادر (دکتر علی حسن) - نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامی ، جزء

اول ، قاهره ، ۱۹۴۲ .

عرونوس (محمود) - تاريخ القضاء في الاسلام ، قاهره ، ۱۹۳۴ .

فقی (محمد حامد) - اثر الدعوة الوهابية ، مصر ، ۱۳۵۴ هـ .

لکنوی هندی (محمد) - الفوائد البهية في تراجم الحنية ، همراه بالتعليقات

السنية ، مصر ، ۱۳۲۴ هـ .

مبارک (دکتر زکی) - رسالة او درباره کتاب الام ، مصر ، ۱۹۳۴ .

مشرفه (عطيه مصطفى) - القضاء في الاسلام ، مصر ، ۱۹۳۹ .

۱۱- کتابهای عربی دینگر

ابن حزم - الفصل في الملل والاهواء والنحل ، مصر ، چاپ اول ، ۱۳۴۷-۵۴۸ هـ ،

پنج جزء .

ابن خلدون - المقدمة ، چاپخانه بهیه ، مصر .

ابن عبدربه - العقد الفريد ، چاپخانه مصطفى محمد ، مصر ، ۱۹۳۵ ،

چهار جزء .

ابن قتيبه - عيون الاخبار ، چاپخانه دارالكتب المصريه ، قاهره .

ابن منظور - قاموس لسان العرب .

ابويوسف - كتاب الخراج ، بولاق ، ۱۳۰۲ هـ .

روزنامه رسمى كشور لبنان .

افغانى (جمال الدين) وعبدہ (شيخ محمد) - العروة الوثقى ، چاپخانه اهليه ،

بيروت ، ۱۹۳۳ .

انتونيوس (جرج) - يقطعة العرب ، ترجمه ركابى ، دمشق ، ۱۹۴۶ .

حتى (فيليب) - تاريخ العرب المطول (ترجمه د كتر جرجى ود كتر جبور) سه

جزء ، دارالكشاف بيروت ، ۱۹۴۸-۱۹۵۱ .

رضا (محمد رشيد) - الوحي المحمدى ، چاپ پنجم ، مصر ، ۱۹۴۸ .

سليمان (شيخ محمد) - رسالة بأى شرع نحكم ، قاهره ، ۱۹۳۶ .

شاكر (احمد محمد) - الشرع واللغة ، قاهره ، ۱۹۴۴ .

شهرستانى - الملل والنحل (در حاشية ابن حزم) .

صادر (يوسف) - المجلة القضائية ، بيروت ، ۱۹۲۱-۱۹۵۱ .

عارف (عارف) - القضاء بين البدو ، چاپخانه بيت المقدس ، ۱۹۳۳ .

عبدالرحيم دهلوى (احمد شاه ولى) - حجة الله البالغة ، چاپخانه منيريه ،

۱۳۵۲ هـ .

عبدہ (شيخ محمد) - الاسلام والنصرانية مع العلم والمدينة ، چاپخانه المنار ،

مصر ، ۱۳۵۰ هـ .

غزالی -- احیاء علوم الدین ، چاپخانه عثمانی مصری ، ۱۹۳۳ ، چهار جزء .
 قانون آئین دادرسی مدنی و قانون موجبات لبنان .
 ماوردی -- الاحکام السلطانیة والولايات الدینیة ، چاپخانه المحمودیة النجاریة ،

مصر .

مجله احکام عدلیه و شرحهای آن از مسعود افندی و علی حیدر و باز و غزی و
 محاسنی و اتاسی و دیگران .
 مجموعه قوانین ، چاپخانه صادر ، بیروت .
 نشریه قضائی لبنان .

منابع و مآخذ لاتینی کتاب

- ABDURRAHIM — Muhammadan Jurisprudence, London & Madras, 1911
 AGHNIDES — Muhammadan Theories of Finance, New York, 1916.
 ALI, Dr. ZAKI — Islam in the World, Lahore, 1947
 ALLEN — Law in the Making, Oxford, 1930
 AMEER ALI — The Spirit of Islam, London, 1949
 AUSTIN — Jurisprudence, Student's edition, London, 1920.
 BONNIER — Traité des preuves, Paris, 1888.
 OLIN ET CAPITANT — Cours élémentaire de droit civil français, Paris, 1923-25, 3 vol.
 COULANGES, F. de — La cité antique, Paris, 1923
 DIAMOND — Primitive Law, London, 1935.
 ENCYCLOPEDIA OF ISLAM
 ESMEIN — Cours élémentaire d'histoire du droit français, Paris, 1921
 GEIGER — Judaism and Islam, transl. by Young, Madras, 1898.
 GIBB — Mohammedanism, Oxford, 1949.
 GIRARD — Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1924
 GIRARD — Textes de droit romain, Paris, 1923.
 GLASSON, TISSIER ET MOREL — Traité théorique et pratique de procédure civile, Paris, 1925-36, 5 vol.
 GOADBY — Introduction to the Study of Law, London, 1921.
 GOLDZIEHER — Le dogme et la loi de l'Islam, Paris, 1920.
 HARRIS — Principles and Practice of the Criminal Law, London, 1926.
 IQBAL, MUHAMMAD — Six Lectures on the Reconstruction of Thought in Islam, Lahore, 1930
 ISLAMIC REVIEW — Woking, Surrey, England, 1949-1951.
 JEWISH ENCYCLOPEDIA
 KENNETT — Bedouin Justice, Cambridge, 1925.
 KREMER (Von) — Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen, Wien, 1875.
 LAOUST, H. — Le Traité de droit public d'Ibn Taimiya, Beyrouth, 1948.
 LAOUST, H. — Le Précis de droit d'Ibn Qudama, Beyrouth, 1950.
 LEE — Historical Jurisprudence, London, 1911.
 MAHAMASSANI, SOBHI — Les Idées économiques d'Ibn Khaldoun, Lyon, 1932.
 MAINE (H. S.) — Ancient Law, Dent & Sons, London, 1927.
 MASSIGNON, LOUIS — Situation de l'Islam, Paris, 1939.
 MASSIGNON — Annuaire du monde musulman, Paris, 1923 & 1929.
 MULLA — Principles of Mahomedan Law, Calcutta, 1938.
 MONTESQUIEU — De l'esprit des lois, Paris, Flammarion, 2 vol.
 NOLDEKE — Geschichte des Qorâns, Göttingen, 1860.
 OSTROBOG — The Angora Reform, London, 1927.
 PLANIOL — Traité élémentaire de droit civil, Paris, 9me éd., 3 vol.

اجمالاً اینکه در تعالیم و مبادی اساسی میان هیچیک از مکاتب اختلافی دیده نمیشد بلکه همگی اختلافات در فروع و بهنگام انطباق مبادی بامصادیق خارجی بود و اصولاً اختلاف مذاهب چیزی شبیه اختلاف محاکم امروزی بود که در تفسیر نصوص و تطبیق مواد با موارد پدید میآید.

برای اینکه نوع اختلاف بهتر نمایانده شود مثالی در این مورد ذکر میکنیم: فقها بر الزام غاصب به رد عین مال اتفاق دارند و اگر غاصب عین را تلف کند یا عین تلف شود و یا ضایع گردد، بر اوست که در صورت ممکن مثل و گرنه قیمت آنرا بپردازد. در این صورت ارزیابی در چه زمان و مکان و با چه شرائط بایستی عملی گردد مورد اختلاف است. حنفیان زمان و مکان وقوع غصب و حنبلیان زمان و مکان تلف شدن را ملاک قرار داده اند و بنظر شافعی بالاترین ارزش عین از روز وقوع غصب تا روز تلف بر ذمه غاصب است. این مثال اتفاق همه فقیهان را دراصل و چگونگی پیدایش اختلافات نظری را در فروع نمایان میسازد.

از آنجائیکه اختلاف در مبادی در مواردی اندک و استثنائی است، بطور کلی میتوان گفت که اختلاف مذاهب در تطبیق قانون با قضایای عملی با اختلاف داد گاههای امروزی در اجتهادات قضائی همانند است.

با اعتماد بر این حقیقت در توجیه مسائل خلاقی میان مذاهب سنی از یکسو و اینکه اختلاف سنی و شیعی در اصل اختلافی سیاسی بوده است، از سوی دیگر، میتوان نتیجه گرفت که توحید مذاهب اسلامی که پیروان مذهب سلفی و دیگران بدان قائل بوده اند، امری است موافق با روح شریعت اسلامی. چه اسلام دین توحید و اتحاد و برادری و گذشت است و بهیچوجه پراکندگی و چند دستگی های مذهبی را مجاز نشمرد و قرآن کریم در آیه: «ان الذین فرقوا دینهم و كانوا شیعاً» است منظم

۱- منظور از کلمه «شیع» شیعیان نیستند، بلکه دسته هائیکه در دین به پراکندگی گرائیدند.

- POLLOCK — A first book of Jurisprudence, London, 1918.
 POLLOCK—Introduction and notes to Maine's Ancient Law, London, 1914.
 SALMOND — Jurisprudence, London, 1924.
 SCHACHT, J. —The Origins of Muhammadan Jurisprudence, Oxford, 1950.
 SMITH, W. C. — Modern Islam in India, London, 1946.
 SYMONDS, R. — The Making of Pakistan, London, 1949.
 WELLES (Sumner, G. ed) — An Intelligent American's Guide to the Peace, New York, 1945.
 WILSON — Digest of Anglo-Muhammadan Law, Calcutta, 1921.
 WUSTENFELD, F. — Der Imâm el-Schâfi'i und sein Anhänger, Göttingen
 WUSTENFELD — Vergleichungs-Tabellen, Leipzig, 1854.

اعلام

الف

آبراهام گایگر ۲۴۵

آلسعود، سلطان عبدالعزيز ۵۷، ۵۶

آلن ۱۱۴

آمدی ۱۳۸، ۱۳۹، ۱۴۳، ۱۴۵

۱۴۷، ۱۴۸، ۱۵۱، ۱۶۷، ۱۷۱

۲۷۷، ۳۱۷

آمدی، سيف الدين ۱۲۱، ۷۶

آيموس ۲۳۵، ۲۳۷

ابن ابی شيبه ۱۶۲، ۱۶۳

ابن ابی عاصم ۱۴۳

ابن ابی لیلی ۵۱، ۳۹، ۳۲۶، ۳۲۸

ابن بابويه ۱۳۶

ابن بزاز ۳۳۲

ابن تیمیه ۲۲، ۵۸، ۵۷، ۱۲۲، ۱۲۵

۱۳۵، ۱۵۷، ۲۰۳، ۲۳۲

۳۱۲

ابن جزى ۲۷۱

ابن حاجب ۱۴۷، ۱۶۳

ابن حجر ۱۳۱

ابن حزم ظاهري ۶۱، ۶۲، ۶۶، ۱۲۲

۱۳۸، ۱۴۳، ۱۴۴، ۱۴۸

۱۷۷، ۱۹۲، ۲۲۳، ۲۹۸

۳۰۰، ۳۰۵، ۳۴۸، ۳۵۲

ابن خلدون ۱۱۰، ۱۱۱، ۳۸، ۳۸، ۱۳۵

۱۷۴، ۱۸۷، ۱۸۸، ۲۵۵

ابن خلکان ۵۲، ۶۱، ۶۰، ۲۵۵، ۳۱۴

ابن الساعاتی ۴۲

ابن سيرين ۳۷

ابن رجب ۲۶۹، ۳۴۷، ۳۵۱

ابن رستم ۴۰

ابن رشد حفيد ۴۷، ۱۹۵

ابن رشد كبير ۴۷، ۲۹۳، ۳۰۵

ابن الصلاح ۱۳۶، ۱۷۶

ابن عابدين ۱۷۱، ۱۹۰، ۲۰۰، ۲۳۰

۲۳۳، ۳۳۵

- ۲۳۱، ۲۲۸، ۱۷۹، ۱۶۲، ۴۲
 ، ۲۶۵، ۲۶۲، ۲۵۶، ۲۵۵
 ، ۲۷۹، ۲۷۶، ۲۷۰، ۲۶۶
 ، ۲۹۵، ۲۹۲، ۲۸۹، ۲۸۵
 — ۳۳۵، ۳۲۱، ۳۱۶، ۳۱۱
 ، ۳۴۶ — ۳۴۴، ۳۴۲، ۳۴۰
 ۳۵۱، ۳۴۹
 ، ۶۷، ۶۲، ۶۰، ۵۴، ۵۲، ۴۶ ابن ندیم
 ۱۳۱، ۱۲۹، ۷۰، ۶۸
 ابن وهان ۳۱۰
 ابن هبیره ۳۷
 ابن همام ۱۲۳
 ابوبکر بن عبدالرحمن ۴۵
 ابوبکر بن حزم ۷۱
 ابوبکر بن هانی معروف به الاثرم ۵۶
 ، ۱۳۸، ۱۲۸، ۶۴، ۲۸ ابوبکر صدیق
 ، ۱۹۴، ۷۹۳، ۱۸۰، ۱۷۲
 ۳۱۳، ۳۰۶، ۱۹۸
 ابوبکر کاشانی ۴۲
 ابوجعفر ۳۷
 ابوجعفر بن جریر طبری ۶۲، ۵۲
 ابوجعفر محمد باقر ۶۵
 ابوجعفر مرادی ۶۸
 ابوجعفر منصور ۲۲۱، ۷۱
 ابوحسن لحمی ۴۷
 ابوالحسن الدارقطنی ۱۳۵، ۲۰۲
- ابن عباس ۲۱۶، ۱۹۵، ۷۳
 ابن عبدالبر ۷۴، ۵۴، ۴۹، ۴۶
 ابن عبدالسلام ۲۸۵
 ابن عبدالوهاب ۵۸
 ابن عدی ۱۷۲
 ابن عربی ۴۷
 ابن عمرو ۷۳
 ابن علاء الدین ۴۳
 ابن المینی ۱۲۲
 ابن فرحون ۲۳۴، ۱۲۲، ۴۶
 ابن قاضی سماوة یا سماونة ۴۳
 ابن قتیبه ۵۵، ۴۶، ۶۰، ۷۴، ۱۴۰
 ۱۹۳، ۱۷۴
 ابن قدامه ۳۱۴، ۳۰۰
 ابن قیم جوزیه ۵۸، ۵۷، ۵۵، ۴۱، ۳۳،
 ۱۷۳، ۱۵۳، ۱۲۶، ۱۲۲
 ، ۲۰۳، ۱۸۸، ۱۸۷، ۱۸۶
 ، ۳۰۴، ۲۷۰، ۲۱۷، ۲۱۴
 ۳۲۱، ۳۱۶، ۳۱۳، ۳۱۱
 ابن مسعود ۲۱۶، ۱۵۹، ۱۵۰، ۷۳، ۵۱
 ابن المقلس ۶۱
 ابن ملک ۲۷۹، ۱۶۰، ۱۳۸، ۱۲۲
 ۳۱۷، ۲۸۰
 ابن منصور ۲۱۶
 ابن نجار ۲۹۷
 ابن نجیم، زین العابدین بن ابراهیم ۱۷

احمد بن حنبل ۵۲، ۵۵، ۱۲۵، ۱۳۴،
 ۱۴۳، ۱۴۴، ۱۵۰، ۱۵۲،
 ۱۷۰، ۱۷۳، ۱۹۷، ۲۰۲،
 ۲۱۳، ۲۱۸، ۲۲۳، ۲۴۰،
 ۲۶۸، ۳۰۴، ۳۰۵، ۳۰۶،
 ۳۲۵، ۳۲۷،
 احمد حلمی ۷۶
 احمد ابوبکر خفاف ۲۱۳
 احمد تیجانی ۱۳۲
 احمد جودت پاشا ۸۰، ۷۶
 احمد خان بهادر ۸۷
 احمد خلوصی ۷۶
 احمد زکی صفوت ۱۷۴
 احمد عبدالرحیم معروف به شاه ولی الله
 ۱۵۵
 احمد محمد شاکر ۲۰۳
 ادیب شیشکلی ۱۰۶
 ارسطو ۲۵۴
 ارموی ۱۲۱
 ازهری شیخ احمد عباس ۱۷۶
 ازهری محمد بشیر ۳۵۰
 استاد لی ۲۳۷
 اسحق بن راهویه ۵۹
 اسکندر روس ۱۳۲
 اسمان ۱۱۲
 اسمعیل ۶۹

۳۲۸، ۳۰۶
 ابوالحسن کرخی ۴۱
 ابوحنیفه ۲۹، ۳۶، ۳۷، ۳۸، ۳۹، ۴۰،
 ۴۱، ۴۷، ۵۱، ۵۵، ۵۶، ۹۴،
 ۱۲۳، ۱۳۱، ۱۴۵، ۱۵۶،
 ۱۷۰، ۱۷۳، ۱۹۰، ۱۹۲،
 ۱۹۸، ۲۱۰، ۲۱۲، ۲۱۳،
 ۲۱۸، ۲۶۶، ۲۷۹، ۳۱۱، ۳۲۵،
 ابو زناد ۴۶
 ابوسعود ۳۱۱
 ابوالقاسم ابوالنصر ۱۲۷
 ابوالقاسم بن جزی ۴۷
 ابوالقاسم رافعی ۵۲
 ابوالقاسم خرقی ۵۶
 ابوقناده ۳۱۲
 ابو عبدالله ۷۳
 ابو عبدالله زنجانی ۱۲۸
 ابو عبدالله گرگانی ۴۱
 ابولیلی ۳۱۵
 ابو محمد بغوی ۱۳۵
 ابو مسلم بن بخرانه ۱۲۳
 ابو منصور ۷۳
 ابو ولید باجی ۴۷
 ابوهریره ۱۳۸
 ابی بن کعب ۱۲۸، ۳۱۳
 احمد امین ۲۵، ۵۵، ۲۳۶

اولبری ۱۳۲	اسمعیل پاشا ۹۳
اولیانوس سورین ۱۸۱، ۱۱۰	اسمعیل صفوی ۶۷
اولمان ۲۴۴	اسمعیل فرزندان جعفر صادق ۶۵
ایاس بن معاویه ۳۱۳	اسمعیل مزنی ۵۲
ب،	اسمیت ۸۸
بابینانوس ۵۵	اسنوی جمال الدین ۱۸۶، ۱۴۸، ۱۲۱
بابرتی ۸۶	۲۸۰، ۲۷۹
بالمر ۱۳۲	اشعری ابوموسی ۱۷۴، ۱۵۰، ۱۲۸
بایلی ۸۶	۲۵۵
بخاری، ظهیر الدین محمد ۱۵۲، ۱۳۱	افغانی ۴۳
۲۱۶، ۲۱۳، ۲۰۶، ۱۹۷	اگوست ۱۸۱، ۱۸۰
۳۲۵، ۳۲۳، ۲۸۸، ۲۲۹	امیر محمد شاه معروف به آقاخان ۶۹
بندادی، ابراهیم بن خالد معروف به ابی ثور	امیرشکیب ارسلان ۶۰
۵۹، ۵۲	امیلیو بوس ۲۳۵
بدرالدین محمود عینی حنفی ۱۳۵	انس ۱۳۸
براکتون ۱۱۷	انصاری، ابویوسف یعقوب بن ابراهیم ۳۳
بربری ۲۵	۷۸، ۶۰، ۵۱، ۳۹، ۳۸، ۳۷
برجندی ۳۱۰	۱۸۹، ۱۷۳، ۱۷۰، ۱۳۰
بزدوی ۱۲۱	۲۰۶، ۲۰۲، ۱۹۹، ۱۹۰
بلاشیر ۱۳۲	۳۱۱، ۲۶۶، ۲۳۱، ۲۱۳
بلاکستون ۲۵۴، ۱۱۴	۳۲۵
بلیقنی، سراج الدین ۵۱	انصاری یحیی بن سمید ۴۶
بنانی ۲۸۹، ۲۷۵، ۲۶۳، ۱۵۸، ۱۲۱	اوجین هوپر ۱۱۳
بولوک ۲۴۷، ۲۰۸، ۱۱۵	اوزاعی، ابو عمرو عبدالرحمن عمرو ۵۹
بونیه ۳۱۸، ۳۱۰	۳۰۶، ۱۷۰، ۶۰
	اوستن ۱۱۶، ۲۲، ۱۷

تونس، اسدين فرات ۴۸،۴۷

تيسيه ۳۲۶

ث،

ثوري ۱۷۳

ثوري سفیان ۵۹

ج،

جعفر صادق (ع) ۳۵۸، ۱۷۰، ۶۷، ۶۵

جعفر بن محمد ۴۶

جعفر بن حسن حلي ۳۲۸، ۶۷، ۶۶

جمال الدين افغانی ۳۱

جمال الدين قاسمی ۱۳۴

جمال الدين عثمان بن حاجب ۱۲۲

جينا ۵۶

ح،

حاج سيد محمد باقر ۶۶

حافظ عراقی ۳۵۰

حافظ الدين محمد معروف به ابن بزاز

۴۳

حافظ ، ابوالفضل احمد بن حجر عقلانی

شافعی ۱۳۵

حافظ الدين نسفی ۴۳

حاکم ۲۲۳، ۲۰۲، ۱۶۲

حامد افندی بن علی عمادی ۴۳

حتى ۱۳۲

بویطی، ابویقوب ۵۵، ۵۲، ۵۰

بیضاوی ۲۷۹، ۱۴۷

بیهقی ۲۰۲، ۱۹۸، ۱۹۴، ۱۷۲، ۱۶۲

۲۹۱، ۲۳۸، ۲۱۶

پ،

پارو ۱۰۳

پاپینانوس ۱۳۲

پریتور ۲۰۹، ۱۸۱، ۱۵۶

پرکولوس ۱۸۰

پطرس ۱۳۲

پلانیول ۳۱۰، ۱۱۲، ۱۷

پوبلیکوس ۲۰۹

پوتیه ۳۱۰

پوخنا ۲۲۵

پولس ۱۸۱، ۱۱۰

ت،

تابت دکتر الفرد ۳۱۰، ۳۰۷

تاج الشریه محمود محبوبی ۴۲

تارد ۲۲۵

ترمذی ۱۶۲، ۱۵۰، ۱۴۴، ۱۴۳، ۱۳۵

۲۹۱، ۲۳۸

تقی الدین احمد بن تیمیه ۵۵، ۳۱، ۵۶

۱۲۱

تمر تاشی ۴۴

تنبنکی ۱۲۲، ۴۶

حسن ۶۵، ۳۷

حسن بن زرارۃ ۶۷

حسن بن زیاد لؤلؤی ۴۰، ۳۸

حسن بن زید بن محمد ۶۸

حسن بن صالح بن حی ۶۸

حسن بصری ۳۰۴

حسن عسکری ۶۵

حسنی زعیم ۱۰۷، ۱۰۶

حسین ۶۵

حسین بن زرارۃ ۶۷

حسینی ابوبکر بن هدایت ۵۲، ۲۱۳

حصکی ۱۷

حطاب ۳۳۴

حطیب، احمد بن علی ۳۷

حلبی ۴۳

حماد ۳۰۵

حماد بن ابی سلیمان ۳۶

حماد بن سلمه ۳۰۰

حموی، احمد بن محمد ۲۵۷، ۲۳۳

حیمی، شرف الدین حسین بن احمد ۶۹

«خ»

خادمی ابوسعید ۲۵۷، ۱۵

خالد شاه بندر ۹۷

خارجۃ بن زید ۴۵

خرشی ۳۲۲، ۳۱۹، ۴۸

خصاف ۲۱۱

خصاف، احمد بن مهیر ۴۱

خضری ۲۵، ۱۲۷

خطیب ۱۷۲، ۲۱۳

خطیب، زین الدین ۶۰

خلیل جریج ۱۰۱

خوارزمی، ابوالمؤید محمد بن محمود ۳۸

«د»

داود ظاهری (داود بن علی اصفهانی

معروف به ابوسلیمان ظاهری) ۵۲،

۱۷۰، ۱۶۰، ۱۴۴، ۶۱، ۵۹

۱۹۲، ۱۸۶

دالوز ۱۸۹، ۲۰۰

داماد افندی ۴۳

دمشقی، شیخ محمد بن عبدالرحمن ۲۹۴

دوکولانژ ۱۱، ۲۴۲، ۲۴۶

دیاموند ۱۱

دیلمی ۱۷۲

«ر»

رافعی ۲۷۲، ۳۰۱

رازی، ابوعبدالله محمد بن عمر فخرالدین

۳۳۴، ۱۹۳، ۱۲۸، ۱۲۱، ۴۹

ربیع بن سلیمان ۵۰

ربیع بن سلیمان مرادی ۵۲

ربیع بن سلیمان جیزی ۵۲

ربیعۃ بن امیۃ بن خلف ۱۹۶

۳۵۰،۳۱۵

دز،

ژان ژاک روسو ۹

ژرار ۲۳۸،۲۰۹،۱۱۰،۵۶

ژرژ آنتونیوس ۹۸

ژنرال کاترو ۱۰۶

ژوزف (یوسف) شاخت ۴۱

ژوستین ۱۸۲، ۱۸۱، ۱۱۰، ۱۰۹

۲۵۴،۲۳۹،۲۲۶

دس،

سایینوس ۱۸۰

سافینی ۲۲۵

سالمزولز ۶۹

سافاری ۱۳۲

سالموند ۱۱۶، ۲۲

سامی بیک ۷۴

سامی حناوی ۱۰۶

سایس ۲۵

سبکی، تاج الدین عبدالوهاب ۵۲، ۲۵

۱۷۰، ۱۶۵، ۱۵۸، ۱۲۱، ۹۲

۲۷۵، ۲۷۳، ۲۵۵، ۲۲۹، ۲۰۲

۲۸۹، ۲۸۱، ۲۷۹

سبکی، تقی الدین علی ۵۲

سجستانی، ابوداود ۱۴۴، ۱۳۵، ۱۲۷

۳۱۳، ۲۵۶، ۲۴۰، ۱۵۰

ربیعۃ عبدالرحمن ۴۶

رتشرد سایموندس ۸۷

رشید پاشا ۸۰

رفیق، ۲۳۵، ۴۰

رکابی ۹۸

رملی، خیرالدین منیف فاروقی ۴۳

روبرتس ۲۴۶

روپرس ۱۰۱

رودول ۱۳۲

دز،

زیر ۱۴۰

زرقانی ۴۷

زرادة بن امین ۶۷

زرادة بن ابی اوفی ۳۱۳

زفر بن هزیل بن قیس ۳۸

زکی مبارک ۵۱

زمخشري، ابوالقاسم محمود بن عمر

خوارزمی ۱۲۸

زمیل جانباذ ۲۱۸

زنجانى ۱۳۲، ۱۲۷، ۱۲۶

زهدي یکن ۱۰۱

زهري ۳۵۲، ۱۹۸، ۴۶

زید بن ثابت ۱۲۸، ۴۵، ۲۸

زید بن علی ۶۸، ۶۵

زیس ۲۰۷

زیلی ۳۱۰، ۳۰۸، ۳۰۳، ۱۳۱، ۴۲

سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن بن کمال

بن محمد ۲۵، ۴۶، ۴۷، ۵۲، ۱۲۳،

۱۲۶، ۱۲۸، ۱۴۳، ۱۶۲، ۱۶۴،

۱۷۹، ۱۷۹، ۱۹۷، ۲۰۲، ۲۰۴،

۲۱۶، ۲۲۳، ۲۳۸، ۲۵۵، ۲۵۶،

۲۵۷، ۲۶۱، ۲۶۴، ۲۶۵، ۲۷۰،

۲۷۳، ۲۷۹، ۲۸۵، ۲۸۹، ۲۹۱،

۲۹۵، ۲۹۷، ۲۹۸، ۳۲۳، ۳۴۲،

۳۴۴، ۳۴۶، ۳۴۸، ۳۵۲

وش،

شاطبی ۱۵۸، ۱۶۹، ۲۲۶، ۲۷۰،

شاطبی غرناطی، ابواسحق ابراهیم ۱۲۲،

۱۶۸

شافعی، محمد بن ادریس ۳۳، ۳۷، ۴۷،

۴۹، ۵۰، ۵۱، ۵۳، ۷۸، ۸۹،

۱۱۸، ۱۲۱، ۱۲۵، ۱۳۸، ۱۳۹،

۱۴۵، ۱۵۷، ۱۷۰، ۱۷۳، ۱۸۹،

۱۹۲، ۱۹۸، ۲۱۳، ۲۶۳، ۲۷۱،

۲۷۹، ۲۹۴، ۳۰۶، ۳۰۹، ۳۲۵،

۳۲۶، ۳۲۸

شر نیلانی ۴۳، ۱۳۰،

شریک نخعی ۵۹

شریح قاضی ۳۶، ۲۲۹، ۳۰۹، ۳۱۳،

۳۲۵

شعبی ۳۷

سجاولندی، سراج محمد ۸۶

سحنون ۴۸، ۱۶۲،

سجاولی ۱۴۳

سرخسی ۴۱، ۵۵، ۱۳۰، ۱۵۸، ۱۷۰،

۱۹۷

سروجی ۴۲

سرویلیام جونز ۸۶

سعد بن ابی وقاص ۱۴۰

سعید بن جبیر ۳۷، ۳۵۲،

سعید بن مسیب ۴۵

سفناقی ۴۲

سفیان بن عیینه ۵۹

سلوس ۱۸

سلیمان بن یسار ۴۵

سلیم، رستم باز ۸۱

سلیم، شیخ عبدالمجید ۹۲

سمرقندی، ابولیت نصر ۴۱، ۷۸،

سنهوری پاشا ۸۵

سید امیر علی ۸۷

سید جمال الدین افغانی ۹۱۹۰

سید خلیل ۸۶

سید شریف جرجانی ۸۶

سید ملا ۸۶

سید منیر قاضی ۸۲

سیدی خلیل ۴۸

سیسرون ۲۵۴

طبرانی ۱۷۲
 طبرسی فضل بن حسن ۱۲۹
 طبری ۱۷۰، ۱۲۸، ۵۹، ۵۵
 طحاوی، ابوجعفر ۳۳، ۴۱، ۱۷۰، ۳۲۵
 طرسوی، ابراهیم بن علی ۴۳
 طوری ۴۲
 طوسی، ابوجعفر محمد ۱۳۶
 «ع»
 عایشه ۴۵، ۱۳۸، ۲۶۹
 عارف یك نكدی ۱۵، ۲۳۶
 عاطف یك ۸۰
 عالی پاشا ۷۶
 عامر شعبی ۳۶
 عامری، ابوالحسن محمد بن یحیی بن
 سراقه ۲۱۳
 عبدالبر ۳۷
 عبدالحمید ۹۶
 عبدالرحیم ۸۷
 عبدالرحمن بن وهب ۴۷
 عبدالرزاق ۳۵۰
 عبدالرزاق سنهوری ۹۵
 عبدالرشید ولواجی ۴۳
 عبدالسلام تنوخی، معروف به سحنون ۴۷
 عبدالعزيز بن جعفر ۵۶
 عبدالعزيز بن صهیب ۳۱۴
 عبدالقادر ۳۸، ۱۲۷، ۱۴۱، ۱۵۰،

شمرانی ۲۸۶، ۲۱۲
 شعب کیسانی ۴۰
 شفیق سماته ۲۳۶
 شفیقی ۴۶
 شوکانی ۱۷۱
 شهرستانی ۳۷، ۶۵، ۶۹، ۲۲۳
 شیرازی ۵۲، ۲۵۵
 شیخ احمد محمد شاکر ۹۳، ۱۹۵
 شیخ الاسلام ۷۷
 شیخ حسین والی ۵۱
 شیخ فتح الله سلیمان ۹۲
 شیخ محمد عبده ۳۱، ۹۰، ۹۲، ۱۶۹
 شیخ محمد سلیمان ۹۳، ۱۳۰، ۲۳۶
 شیخ محمد مهدی کاظمی ۱۴۵
 شیخ محمد زید یك ایانی ۹۴
 شیخ محمد علاء الدین بن عابدین ۷۶
 شیخ محمد عباس مهدی ۴۳
 شیخ مخلوف میناوی ۹۳
 شیخ مصطفی غلابینی ۲۰۳
 شیخ نظام ۷۴
 «س»
 صدر الشریعه ۴۲
 صیرفی، ابوبکر محمد بن عبدالله ۲۱۳
 «ط»

طاووس ۳۲۵

فی شیء^۱ صریحاً از آن نهی کرده است .

اکنون بشرح مذاهب چهارگانه سنت میپردازیم وبمذاهب از بین رفته سنت ونیر بمذاهب شیعه اشاره میکنیم ودرپایان ازسیر قانونگذاری در عهد عثمانی وعصر حاضر بحث خواهیم کرد.

۲۱۳، ۱۷۵

عبدالله ۴۵

عبدالله احمد بن حنبل ۵۴

عبدالله بن شبرمه ۵۹

عبدالله بن عباس ۱۳۸، ۱۲۸، ۴۵، ۲۸

عبدالله بن عبدالحکیم ۴۷

عبدالله بن عمر ۱۳۸، ۲۸

عبدالله بن عمرو بن عاص ۲۸

عبدالله بن مسعود ۱۲۲، ۳۹، ۳۶، ۲۸

۲۲۹، ۱۴۳، ۱۴۰، ۱۳۸، ۱۲۸

عبدالله بن مقفع ۷۳، ۷۱

عبدالله بن زبیر ۱۲۸

عبدالله موصلی ۴۲

عبدالمجید افتدی ۹۶

عبده ۹۱

عبدالله بن عبدالله ۴۵

عثمان بن عفان ۱۲۸، ۷۱، ۶۴، ۲۸

۳۱۳، ۲۵۵، ۱۹۸

عثمان بنی ۳۰۹

عدوی ۳۲۲، ۴۸

عنوس ۷۳، ۹۰

عروة بن زبیر ۴۵

عزین عبدالسلام ۲۰۶، ۱۸۶، ۲۳۳

۲۷۱

عزالدين بن عبدالسلام ۵۲

دطاء ۳۰۹، ۳۰۵، ۳۷

عطيه، سيد مصطفی مشرفه ۲۳۶

علائی ۱۸۹، ۱۴۳

علامه ابوالیسر محمد بن غرس ۳۳۵

عاقمه نخعی ۳۶

علی بن ایطال (ع) ۶۴، ۵۱، ۴۸، ۲۸

۳۰۶، ۱۵۰، ۱۳۸، ۱۲۸، ۶۵

۳۳۸، ۳۱۳، ۳۰۹

علی بن زین العابدین ۶۵

علی بن محمد بزدوی ۴۱

علی حیدر ۲۸۴، ۱۹۹، ۸۲، ۸۱، ۷۸

۳۲۵، ۳۱۸

علی حسن عبدالقادر ۵۱، ۲۵

علی الرضا ۶۵

علی الهادی ۶۵

عمر بن خطاب ۷۱، ۶۴، ۴۵، ۳۶، ۲۸

۱۵۰، ۱۴۰، ۱۳۸، ۱۳۴، ۱۲۸

-۱۹۳، ۱۸۹، ۱۸۰، ۱۷۳، ۱۷۲

۲۲۴، ۲۲۱، ۲۰۶، ۱۹۸، ۱۹۴

۳۱۳، ۳۰۹، ۲۶۲، ۲۵۵، ۲۲۹

۳۲۴

عمر بن عبدالعزیز ۱۹۸، ۱۳۴، ۷۱

۳۰۹، ۱۹۹

عمر بن نجم ۴۲

همرضا طغرل ۱۳۲

عینی ۱۵۲، ۱۴۴، ۱۳۸، ۱۳۱، ۴۲

۲۲۳، ۲۰۵، ۱۷۲

«غ»

غزالی، ابو حامد ۱۹، ۵۲، ۵۰، ۱۲۱،

۱۵۵، ۱۵۷، ۱۶۲، ۱۷۰، ۱۷۳،

۱۷۷، ۲۶۳، ۲۷۲، ۳۰۱، ۳۲۴،

۳۲۸، ۳۲۶

«ف»

فائز خوری ۲۳۶

فایا ۱۰۳

فاطمه دخت پیامبر ۶۸

فؤاد عمون ۱۰۴

فرانسوا ژنی ۲۲۷

فون کریمر ۲۳۵، ۲۳۸، ۲۳۵

فهمی حسینی ۸۱

فیزوز آبادی ابواسحق ۵۲

فیضی آصف بن علی اصغر ۷۰

فیلیپ بولس ۱۰۴

«ق»

قادیانی میرزا غلام احمد ۸۸

قاسم بن محمد ۴۵

قاسم بن ابراهیم علوی ۶۸

قاسمی ۲۰۵

قاضی بن دقیق هید ۵۲

قاضی ابوحازم حنفی ۱۴۴

قاضی حسین (ابوعلی حسین بن محمد بن

احمد مرو رودی) ۲۲۹، ۲۶۲،

۲۸۹، ۲۷۵

قاضی خان حسن بن منصور ۲۷۰، ۴۳،

۲۹۲

قاضی عبدالله عمر بیضاوی ۱۲۱

قاضی عضدالدین ۱۶۳

قاضی نعمان بن محمد تمیمی مغربی ۷۰

قبیصة بن مخارق ۳۰۴

قدری پاشا ۹۳

قدسی حسام الدین ۱۴۰

قدوری ۱۷۰

قراقی شهاب الدین ۳۳۹، ۲۰۱

قراقی مالکی ۱۴۰، ۱۴۷، ۲۰۱، ۲۶۸،

۲۷۱

قزوینی ابن ماجه ۲۰۲، ۲۱۶، ۱۳۵،

۲۵۶

قزوینی ابوحاتم محمد بن حسین ۲۱۳

قونوی ۴۲

قهستانی ۳۱۰

«ک»

کاپتان ۳۳۳

کاپیتو ۱۸۰

کاکي، قوام الدین ۴۲

کامل ۱۱۳

کامل بن عدی ۲۹۸

کازیمیرسکی ۱۳۲

کراکلا ۵۵

م،

ماسینیون ۶۹،۶۴،۵۷،۵۳

مالك بن انس ۷۳، ۵۱، ۴۶، ۴۵، ۲۹

، ۱۵۱، ۱۳۴، ۱۲۳، ۱۱۸

، ۱۹۷، ۱۷۳، ۱۷۰، ۱۶۱

، ۲۲۱، ۲۱۸، ۲۱۳، ۲۰۲

، ۲۹۴، ۲۶۸، ۲۵۶، ۲۲۷

، ۳۱۱، ۳۰۹، ۳۰۶، ۳۰۵

۳۲۸، ۳۲۵، ۳۱۷

مازما دیوک بکتول ۱۳۲

مانکویز ۱۱۳

ماوردی ۱۷۴

ماین ۲۴۷، ۲۴۲، ۲۰۸، ۱۱

محب الدین خطیب ۹۳

محب الله بن عبدالشکور بهاری ۱۲۲

محسن بن یوسف حلّی ۶۷

، محلی جلال الدین ۱۵۸، ۱۲۸، ۱۲۱

۲۵۶

محمد اسمدیک ۹۷

محمد الجود ۶۵

محمد افندی آنقروی ۴۳

محمد اقبال ۸۷

محمد امین بن عابدین ۷۶، ۴۴، ۴۳

محمد امین جندی ۷۶

محمد اورنگ زیب بهادر عالمگیر ۷۴

محمد باقر مرتضی طباطبائی ۱۴۵، ۶۶

کرلافی ۴۲

کرخی ۱۷۷، ۱۷۰

کریمخان ۶۹

کمال پاشا ۱۱۳

کمال الدین بن هماد ۱۲۲، ۴۲

کنت استروروک ۹۷

کورانی، استاد اسمد ۱۰۷

کولان ۳۳۳

کوهندی ۱۰۳

کیتون ۱۶۲، ۱۷

کینت ۲۳۲

دک،

گایوس ۲۵۴، ۱۸۲، ۱۸۱، ۱۱۰، ۱۰۹

گریفینی ۶۸

گلاسون ۳۲۶

گودی ۹۰

گولدزیهر ۲۳۵، ۶۸

گونو ۱۰۳

گیب ۸۸

دل،

لنلتون ۱۱۷

لرد رایت ۱۷

لوزایل ۳۰۲

لويس ژوسران ۱۰۱

لیث بن سعد ۳۰۶، ۵۹

محمد بن بشر ۳۱۶
 محمد بن بلال حنفی ۲۳۳
 محمد بن حسن سرخسی ۴۰
 محمد بن حسن بن علی بن حر عاملی ۶۷
 محمد بن حسن بن فرقد شیانی ۳۸، ۳۹، ۴۰، ۴۱، ۴۷، ۴۹، ۵۱، ۷۸،
 ۱۳۰، ۱۷۰، ۱۹۰، ۲۱۲،
 ۲۱۸، ۲۶۶، ۳۱۱، ۳۲۵
 محمد بن داود ۶۱
 محمد بن عبدالرحمن بن ابی لیلی ۵۹
 محمد بن عبدالله ۲۷
 محمد بن عبدالوهاب ۵۷، ۳۱
 محمد بن یعقوب کلینی ۱۳۶
 محمد جواد بن محمد حسینی عاملی ۶۷
 محمد چهارم، سلطان عثمانی ۴۳
 محمد حامد الفتحی ۵۸
 محمد حافظ صبری ۳۰۷، ۲۳۶
 محمد حسن نجفی ۶۷
 محمد خالد اتاسی ۸۲
 محمد خضر حسین ۸۸
 محمد رشید رضا ۲۰۳، ۹۱، ۹۰
 محمد سعید محاسنی ۸۲
 محمد سعید مراد الفزی ۸۲
 محمد طاهر اتاسی ۸۲
 محمد عبدالله افندی ۹۶
 محمد علاء الدین حصکفی ۴۴
 محمد علی جناح ۸۸
 محمد فرید وجدی ۱۳۰
 محمد قدری پاشا ۹۴
 محمد لکنوی هندی ۳۸
 محمد مهدی کاظمی ۱۲۹
 محمد مهدی المنتظر ۶۵
 محمود شهابی ۹۹
 محمود عرنوس ۳۷
 مراغی، شیخ محمد مصطفی ۹۲
 مرغینانی، برهان الدین علی ۴۲، ۷۴
 مروزی، ابوالفضل ۴۰
 مزنی ۱۷۰
 مسروق همدانی ۳۶
 مسعود افندی ۸۰
 مسلم ۵۴، ۱۳۳، ۱۹۷، ۲۰۵، ۲۰۶
 مسلم بن حجاج ۲۵۶
 مصطفی بن محمد الکوزا الحصارى ۱۵،
 ۲۵۷
 مصطفی مشرفه ۹۳
 مصطفی کمال پاشا (آتاترک) ۹۶
 معاذ ۱۳۸، ۱۵۰
 معاویه ۱۹۸
 معن بن عیسی ۱۷۳
 مفتی ابوسود ۲۳۳
 مقدسی، شمس الدین بن قدامه ۵۶
 مکی ابوطالب ۵۰

«و»

واثق ۵۵
 واحدی نیشابوری ۱۲۷
 وستبوری ۱۱۶
 وفیق قصار ۱۰۴
 ولگرد اسمیت ۸۵، ۸۷
 ولید بن یزید ۶۸
 ویلسون ۸۶

«ز»

هارون الرشید ۳۹، ۴۰، ۴۱، ۷۳، ۱۷۳، ۲۲۱
 هاریس ۳۱۰
 هاملتون ۸۶
 هانری لاوست ۵۶
 هشام بن عبدالملک ۶۸
 هلال‌الرأی ۴۱
 هندی ۲۷۹، ۲۹۲
 هیستینگ ۲۴۶

«ی»

یحیی بن‌یزید ۶۸
 یحیی لیثی ۴۷
 یحیی‌الهادی ۶۸
 یوسف آصف ۸۱
 یوسف شاخت ۲۱۲
 یوسف صادر ۱۰۷

ملاعلی قاری ۱۳۱، ۳۸

ملاخسرو ۴۳

مناوی ۱۴۳، ۱۵۲

مودستینوس ۱۱۰، ۱۸۱

موریل ۳۲۶

موسی‌الکظم ۶۵، ۶۹

موصلی ۱۴۰، ۲۶۸، ۲۷۷، ۳۴۳

موفق‌الدین بن قدامه ۵۶

مولانا محمدعلی ۱۳۲، ۸۸

موتسکیو ۱۸۸، ۲۲۵

میدانی ۳۹

«ن»

ناپلئون بناپارت ۱۱۱

ناصرالدین لقائی ۲۳۳

نافع مولای ابن‌عمر ۴۶

نجم‌الدین ابوریع، سلیمان بن عبدالقوی

طوفی ۲۰۲

نخمی ابراهیم ۳۶، ۳۷، ۳۲۵

نسائی ۱۳۵، ۲۵۶، ۳۲۳

نسفی ۱۲۱، ۱۳۰

نکدی ۲۶

نولدکه ۱۲۸

نووی، محیی‌الدین ۵۲، ۱۳۱، ۱۳۹

۱۴۴، ۱۷۲، ۲۰۳، ۲۷۶

نهروانی ابوالفرج معافای ۶۲

۱۴۲	فصل چهارم اجماع
۱۴۶	فصل پنجم قیاس
۱۵۴	فصل ششم ادله شرعی دیگر
۱۶۷	فصل هفتم اجتهاد
	باب چهارم : منابع خارجی قانونگذاری
۱۸۵	فصل اول تحول قوانین
۲۰۸	فصل دوم حیل‌های شرعی
۲۱۹	فصل سوم قوانین موضوعه
۲۱۵	فصل چهارم عرف و عادت
۲۳۵	فصل پنجم رابطه قوانین اسلام با قوانین روم
۲۵۱	باب پنجم : پاره‌ای از قاعده‌های کلی
۲۵۲	فصل اول معلومات عمومی
۲۶۱	فصل دوم ضرورت و نیازمندی
۲۷۳	فصل سوم قصد در اعمال
۲۸۷	فصل چهارم اصول عمومی اثبات دعوی
	فصل پنجم : قواعد عمومی دیگر
۳۷۳	ماخذ کتاب
۳۷۳	ماخذ خارجی کتاب
۳۷۵	اعلام

بهر حال از تقدیم این ارمغان بدوستان علم حقوق شاد و خرسندم و از
کوشش‌ها و تسهیلاتی که مؤسسه محترم فرانکلین تبریز در راه نشر این کتاب مبذول
داشته‌اند صمیمانه سپاسگزاری مینمایم.

آذرماه ۱۳۴۶

اسمعیل گلستانی

فصل دوم

مذهب حنفی

پیشوای بزرگ (امام اعظم)

شهر کوفه در عراق مرکز بسیاری از فقیهان اسلام بود . در زمان خلفاء راشدین عمر بن خطاب مردی از صحابه را بنام عبدالله بن مسعود (متوفی بسال ۳۲ هـ) به معلمي وقضاوت بدانسوی گسیل داشت . او خود از صحابه پیامبر و محدث و فقیه بود . پس از او شاگردان و شاگردان شاگردانش از قبیل علقمه نخعی ، مسروق همدانی ، شریح قاضی ، ابراهیم نخعی ، عامر شعبی و حماد بن ابی سلیمان در کوفه بلند آوازه شدند .

همچنین در کوفه مذهب حنفی پیدا آمد و مؤسس آن ابوحنیفه نعمان بن ثابت معروف به «امام اعظم» بود که اصلاً پارسی بود و در سال ۸۰ هجری (۶۹۹ م) در کوفه متولد شد و زندگی علمی خود را با فرا گرفتن علم کلام آغاز کرد و بعد فقه را مطابق مکتب کوفیان از حماد بن ابی سلیمان (متوفی بسال ۱۲۰ هـ) فرا گرفت و بموازات زندگی علمی به خرید و فروش بافته‌های ابریشمی و پشمی مشغول میشد . و فرا گرفتن کلام و اشتغال به پیشه بازرگانی او را باستحکام رأی و منطق و تطبیق احکام شرعی با

قضایای عملی و توسع در احکام از راه قیاس واستحسان سخت توانائی بخشید، از اینرو مذهب او بمذهب «اهل رأی» آوازه یافت.

از او روایت شده است که گفت: «این دانش ما «رأی» است و بهترین چیزی است که بر آن دست یافته‌ایم. اگر کسی بر چیزی جز این راه یابد عقیده او برای خودش و نظر ما برای خود ما باشد»^۱ و همو گوید: «هر آنچه در کتاب خدا وسنت پیامبر نباشد به گفتار صحابه مینگرم و از گفتار آنان عدول نکنم تا اینکه امر به ابراهیم و شعبی و ابن سیرین و حسن و عطاء و سعید بن جبیر برسد که اجتهاد می کنند، من نیز مانند آنان اجتهاد کنم»^۲.

ابوحنیفه بسبب دانش فراوانش بامام اعظم (پیشوای بزرگ) لقب یافت. شافعی درباره او میگوید: «کسی که فقه را بجوید در خانۀ ابوحنیفه مییابد» و بقول ابویوسف «هر گاه درمسأله‌ای درمیماندیم به ابوحنیفه روی می‌آوردیم، او چنان بود که گوئی پاسخ مسأله را از آستین بیرون می‌آورد و بما میداد»^۳.

در اواخر دوران بنی امیه ابن هبیره فرماندار عراق تصدی مقام دادرسی را به ابوحنیفه پیشنهاد کرد ولی او از آن دوری جست بهمین جهت او را مالشی دادند و کتکی زدند. همچنین در زمان عباسیان ابوجعفر او را به بغداد فراخواند و از او خواست که سرپرستی دادگستری را بعده بگیرد ولی او باز از پذیرفتن آن خودداری کرد و در بغداد زندانی شد تا به سال ۱۵۰ هجری (۷۶۷ م) که بمرد.^۴

۱- الملل والنحل از شهرستانی (حاشیة ابن حزم) ج ۲، ص ۳۹.

۲- الانتقاء از عبدالبر، قاهره، ۱۳۵۰ هـ، ص ۱۴۳.

۳- الانتقاء، ص ۱۳۶ و ۱۳۸.

۴- تاریخ القضاء فی الاسلام از آقای محمود عرنوس (قاهره ۱۹۳۴ م ۷۲ و بعد):

تاریخ بغداد از احمد بن علی خطیب (ج ۱۳ ص ۳۲۶ و بعد).

گفته‌اند سبب قبول نکردن مقام قضاء آن بود که او سیاست و روش زمامداران وقت را نمی‌پسندید و نیز گفته شده است که ابوحنیفه معتقد بود که پذیرفتن شغل و منصب دولتی مایهٔ هلاکت می‌شود و دین و بزرگواری را باخطر روبرو می‌سازد.

اما ابوحنیفه در پذیرفتن حدیث بسیار سختگیر بود و جز آن‌دکی از احادیث که صحتش نزد او به ثبوت رسیده بود، حدیثی را نمی‌پذیرفت. باوجود این اصحاب و پیروانش حدیث‌های زیادی از او نقل کرده‌اند که مجموعاً به پانزده مسند بالغ می‌گردد.^۱ وقاضی القضاة ابوالموئید محمد بن محمود خوارزمی (متوفی بسال ۶۵۵ هـ) آن‌ها را در کتابی گردآوری کرده و «جامع المسانید» نامیده است.^۲ از اینرو نمیتوان صحت این روایت ابن خلدون را پذیرفت که ابوحنیفه فقط هفده حدیث را روایت میکرد.^۳

یاران ابوحنیفه و کتابهای «ظاهر الروایه»

عقاید ابوحنیفه در فقه بوسیلهٔ شاگردان^۴ او نگارش یافته و بما رسیده است. معروفترین شاگردان او چهار نفر بودند: ابویوسف، زفر بن هزیل ابن قیس، محمد بن حسن بن فرقد شیبانی و حسن بن زیاد لؤلؤی که مذهب حنفی بواسطهٔ آنان خصوصاً ابویوسف و محمد که به «دو امام و دو مصاحب» مشهورند بلند آوازه شد.

۱- رجوع شود به تاریخ الفقه الاسلامی از دکتر عبدالقادر، ج ۱، ص ۲۲۲.

۲- اخیراً در مصر، بسال ۱۳۲۶ هـ در ۸۰۰ صفحه بچاپ رسیده است.

۳- المقدمة، ص ۳۸۸.

۴- رسالهٔ کوچک چند صفحه‌ای در عقاید بنام الفقه الاکبر از ابوحنیفه باقی مانده است که ملاعلی قاری (متوفی بسال ۱۰۰۱ هـ) آنرا شرح کرده و متن و شرح در چاپخانهٔ تقدم، مصر، بسال ۱۳۲۳ هـ چاپ شده است.

۵- و نیز به ابوحنیفه و ابویوسف «شیخان» و به ابوحنیفه و محمد «طرفان» نام داده‌اند (الفوائد البهیه، از محمد لکنوی هندی، مصر، ۱۳۲۴ هـ، ص ۲۴۸).

امام اعظم و یاران او بهترین کسانی بودند که سفارش شیخ بزرگ خود عبدالله بن مسعود را بکار بستند که گفته بود : «چشمه های دانش و چراغهای شبهای تاریک باشید»^۱.

ابویوسف یعقوب بن ابراهیم انصاری (۱۱۳-۱۸۲ هـ) سرپرستی دادگستری را در بغداد بعهدہ داشت و در زمان خلافت هارون الرشید منصب قاضی القضاتی و ریاست کل دستگاههای قضائی دولت عباسی بدورسید و از این راه توانست که مذهب حنفی را عملاً گسترش دهد و بر آن بیفزاید خصوصاً در مسائل باریک و مشکلات قضائی نظریاتی ابراز کرد و باستناد احادیثی که صحت آنها نزد او به ثبوت رسیده و از گروهی از رجال حدیث شنیده بود، احکامی صادر کرد و باین جهت ناگزیر درمسائل فراوانی با ابوحنیفه مخالفت نمود.

اقوال ابویوسف در کتب فقه حنفی و نیز در آخر کتاب «الام»^۲ شافعی مندرج و مشهور است. از ابویوسف کتابی درخراج بمارسیده است و آن رساله ای است پرازش که برای هارون الرشید نوشته و در آن از خراج و امور مالی دولت با آگاهی وسیع و تحقیقات ارزنده بحث کرده است^۳.

و اما تدوین مذهب حنفی نخست بوسیله امام حسن شیبانی (۱۳۲-۱۸۹ هـ) انجام گرفت، و او دانش را در مدرسه عراق فرا گرفته و سپس بمدینه رفته و با اهل حدیث پیوسته و از محضر امام مالک استفاده کرده بود، سپس در تدوین کتب معتبر

۱- مجمع الامثال میدانی، چاپخانه بهبه، جلد ۲، ص ۳۷۴.

۲- جزء ششم چاپ، بولاق ۱۳۲۵ هـ. تحت عنوان «هذا کتاب ما اختلف فيه ابوحنيفة وابن ابی لیلی عن ابی یوسف رحمهم الله تعالی»، (ص ۸۷-۱۵۰) و تحت عنوان «کتاب سیرالاوزاعی»، (ص ۳۰۲-۳۳۶).

۳- طبع بولاق، سال ۱۳۰۲ هـ.

در مذهب حنفی و تفریع مسائل خصوصاً در باب ارث و فرائض و نیز تحلیل قضایای حقیقی و استنباط مسائل فرضی و توسع در نتیجه گیری و استقراء اشتهاار یافت .

کتابهای مدونه امام محمد بر دو گونه است : نخست آنچه را که راویان ثقه از او نقل کرده اند و به کتابهای «ظاهر الروایه» یا «مسائل الاصول» نامیده میشوند . دوم آنچه را که راویان ثقه نقل نکرده اند که به «کتب» یا «مسائل النوادر» معروفند .

دسته اول شش کتاب است : مبسوط ، جامع الکبیر^۱ ، جامع الصغیر^۲ ، سیر الکبیر ، سیر الصغیر و زیارات . و این شش کتاب را ابوالفضل مروزی معروف به حاکم شهید (متوفی بسال ۳۴۴هـ) در کتابی بنام کافی^۳ جمع آوری کرده و سپس شمس الائمه محمد بن احمد سرخسی متوفی در اواخر قرن پنجم هجری کتاب کافی را بنام کتاب مبسوط در سی جزء شرح کرده است . و نویسندگان مجله احکام عدلیه اغلب مسائل مدونه را از کتابهای «ظاهر الروایه» گرفته اند .

کتابهای «النوادر» که از امام محمد روایت شده است عبارتند از کتاب امالی محمد در فقه یا کیسانیات که بوسیله شعب کیمسانی روایت شده است ، و کتاب الرقیات ، و آن شامل مسائلی است که به هنگام قضاوت او ، از طرف هارون الرشید در شهر رقه بر او عرضه شده بود . و کتابهای «الهارونیات» و «الجرجانیات» و «المخارج فی الحیل» و «زیادة الزیادات» و کتاب نوادر محمد بروایت ابن رستم ، و همچنین از مسائل النوادر کتابهایی که از اصحاب مذهب روایت شده است معتبر بشمار میرود مانند کتاب المجرد ابوحنیفه بروایت شاگردش امام حسن بن زیاد لؤلؤی و نیز کتاب

۱- بتازگی در حیدرآباد هند بوسیله انجمن «احیاء المعارف النعمانیة» چاپ شده

است .

۲- در حاشیه کتاب «الخراج» ، چاپ بولاق ، به طبع رسیده است .

۳- کتاب کافی در کتابخانه مصر بصورت خطی است .

«الرد علی اهل المدينة»^۱ و «کتاب الاثار»^۲ از محمد بن حسن .

مؤلفات شاعران و متأخران

پس از کتابهای «ظاهر الروایه» و «النوادر» نوبت کتابهای فتوی و حوادث اتفاقی فرا میرسد که مجتهدان متأخر آنجا که روایتی از سلف نیافتند خود شخصاً به اجتهاد پرداختند مانند کتاب «النوازل»^۳ ابوليث نصر سمرقندی (متوفی بسال ۳۷۳هـ) و غیره

ابوحنیفه را شاگردانی بود و از آنها : هلال الرأی (متوفی بسال ۲۴۵ هـ) و احمد بن مهیر مشهور به خصاف (متوفی بسال ۲۶۱هـ) صاحب کتاب الحیل و کتاب الوقف و غیره و نیز ابو جعفر طحاوی (متوفی بسال ۳۲۱ هـ) صاحب کتاب «جامع الكبير فی الشروط»^۴ و غیره شهرت یافتند .

پس از اینها گروهی از فقیهان که مذهب حنفی را اختیار کرده بودند به تأیید این مذهب پرداختند و از این گروه بودند : ابوالحسن کرخی (متوفی بسال ۳۴۰هـ) و ابو عبدالله گرگانی (متوفی بسال ۳۹۸ هـ) مؤلف خزانه الاکمل ، و شمس الائمة سرخسی مصنف کتاب المبسوط ، و علی بن محمد بزوی (متوفی بسال ۴۸۲ هـ) مؤلف

۱- شافعی آنرا در کتاب الام (ج ۷ ص ۲۷۷-۳۰۳) بعنوان «کتاب الرد علی محمد بن الحسن» روایت کرده است .

۲- انجمن احیاء المعارف النعمانیة در حیدرآباد ، آنرا نیز چاپ نموده است .

۳- این کتاب بصورت خطی و در کتابخانه مصر شماره ۵۶۵ است .

۴- کتاب اذکار الحقوق و الرهون آنرا در سال ۱۹۲۷ ، و کتاب الشفعة آنرا در سال ۱۹۳۰ ، آقای ژوزف شاخت مستشرق در شهر هایدلبرک - آلمان - انتشار داده است .

الاصول ، و ابوبکر کاشانی (متوفی بسال ۵۸۷ هـ) مؤلف بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع ، و برهان الدین علی مرغینانی (متوفی بسال ۵۹۳ هـ) مؤلف الهدایة شرح بدایة المبتدی .

هدایه از کتابهای بسیار معتبر و مشهور حنفی است که از چهار جزء تشکیل یافته و شرحها و حاشیه‌های فراوان دارد ، از قبیل : الغایة از سروجی ، و الکفایة از کرلاقی ، والوقایة از تاج الشریعة ، والنقایة مختصر الوقایة از صدر الشریعة ، والنهایة از سغناقی ، و خلاصة النهایة در حاشیه هدایه از قونوی ، و معراج الدرایة از قوام الدین کاکلی ، والعناية از بابر تی ، والبنایة از عینی ، و فتح القدير از کمال الدین بن همام . سپس دوران تقلید فرارسید ، فقهاء از اجتهاد باز ایستادند و به تقلید اکتفاء کردند و متن‌های مختصری تألیف کردند آنگاه به شرح آن متون و شرح آن شرح‌ها پرداختند و حواشی و تکمله‌ها فزونی یافت و فتوی‌ها گردآوری شد و تألیفات فراوان گشت و فقهاء متون را بر شرح و شروح را بر کتب فتوی مقدم میدارند .

از این کتابها ، کتاب المختصر احمد بن محمد قدوری (متوفی بسال ۵۴۲۸ هـ) و چهار کتاب معروف به متون اربعه : الوقایة مختصر الهدایة از تاج الشریعة محمود مجوبی ، و المختار و شرح آن بنام الاختیار از عبدالله موصلی (متوفی بسال ۵۶۸۳ هـ) ، و مجمع البحرین از ابن الساعاتی (متوفی بسال ۶۹۴ هـ) و الكنز یا کنز الدقائق از حافظ الدین نسفی (متوفی بسال ۷۱۰ هـ) مورد اعتماد اکثر متأخران قرار گرفته است .

در این میان کنز الدقائق مشهورتر و شروح و حواشی آن بیشتر است که مهمترین آنها عبارتند از : تبیین الحقایق زیلعی ، و رمز الحقائق عینی ، والبحر الرائق زین‌العابدین بن نجیم^۱ ، و تکملة آن از طوری ، والنهر الفائق عمر بن نجیم ، ومنحة الخالق

محمد بن امین بن عابدین ، و کشف الحقائق افغانی ، و غیر آنها .

و از مجموعه های فتوی این کتاب ها زبان زد شدند: الفتاوی الولوالجیة عبدالرشید ولوالجی (متوفی بعد از سال ۵۴۰ هـ) ، و الفتاوی الخانیة از قاضی خان حسن بن منصور (متوفی بسال ۵۹۲ هـ) ، و الفتاوی الظهیریة از ظهیرالدین محمد بخاری (متوفی بسال ۶۱۹ هـ) ، و الفتاوی الطرسوسیة معروف به انفع الوسائل الی تحریر المسائل از ابراهیم بن علی طرسوسی (متوفی بسال ۷۵۸ هـ) ، و الفتاوی التارخانیه از ابن علاءالدین (متوفی در حدود سال ۸۰۰ هـ) ، و الفتاوی البزازیه از حافظ الدین محمد مشهور به ابن بزاز (متوفی بسال ۸۲۷ هـ) ، و الفتاوی الخیریة از خیرالدین منیف فاروقی رملی (متوفی بسال ۱۰۸۱ هـ) ، و الفتاوی الانقرویة از محمد افندی انقروی (متوفی بسال ۱۰۹۸ هـ) ، و الفتاوی الهندیة^۲ ، و نیز الفتاوی الحامدیة از حامد افندی بن علی عمادی^۳ ، و مختصر آن بنام تنقیح الحامدیة از محمد امین بن عابدین (متوفی بسال ۱۲۵۲ هـ) ، و الفتاوی المهدیة فی الوقائع المصریة از مفتی سرزمین مصر شیخ محمد عباسی مهدی^۴ .

و باز هم از مشهورترین کتابهای حنفی متأخران عبارتند از : جامع الفصولین ابن قاضی سماوة یا سماونة (متوفی بسال ۸۱۸ یا ۸۲۳ هـ) ، و درر الحکام شرح غرر الاحکام ملا خسرو (متوفی بسال ۸۸۵ هـ) ، و حاشیة آن غنیة ذوی الاحکام از شرنبلالی (متوفی بسال ۱۰۶۹ هـ) ، و ملتقی الابحر حلبی (متوفی بسال ۹۵۶ هـ) ، و شرح آن مجمع الانهر داماد افندی (متوفی بسال ۱۰۷۸ هـ) و شرح آن الآخر الدر المنقی

۱- در زمان محمد چهارم سلطان عثمانی منصب شیخ الاسلامی داشت (قاموس الاعلام

ج ۱، ص ۴۳۹) .

۲- بزودی اشاره ای بدان خواهد شد .

۳- مفتی دمشق از سال ۱۱۳۷ تا سال ۱۱۵۵ هـ .

۴- بسال ۱۳۰۴ گردآوری شد .

محمد علاءالدین حصکفی (متوفی سال ۱۰۸۸ هـ) ، و تنویر الابصار از تمر تاشی و نیز شرح آن الدرالمختار از حصکفی ، و ردالمختار علی الدرالمختار محمد امین بن عابدین ، و تکملة آن قره عیون الاخیار از پسر او محمد علاءالدین .

انتشار مذهب حنفی

این بود خلاصه‌ای از شرح حال مردان مذهب حنفی و تألیفات آنان و اما انتشار این مذهب در کشورهای مسلمان نشین بهره‌دارتر و ریشه‌دارتر از دیگر مذاهب بود و بلا لحاظ نفوذ در دادگاهها در زمان عباسیان مذهب غالب در عراق شد و همچنین دولت عثمانی این مذهب را بر سهیمیت پذیرفت و مجله احکام عدلیه از اصول آن ساخته و پرداخته شد .

و تا هم اکنون نیز مذهب رسمی کشورهایی که تابع دولت عثمانی بودند از قبیل مصر و سوریه و لبنان ، در فنوی و دادرسی بشمار میرود . و مذهب غالب ساکنان ترکیه و برخی از ساکنان تابعه آن مانند شام و آلبانی و مسلمانان بالکان و قفقاز در مسائل عبادی هست و در افغانستان و پاکستان و ایران هندوچین نیز مذهب غالب شمرده میشود و در بسیاری از شهرها و اقطار دیگر نیز طرفدار دارد . و پیروان این مذهب بیش از یک سوم مسلمانان جهان را تشکیل میدهند^۱.

۱- کتاب موقعیت اسلام (بفرانسه) ، از لوئیس ماسینیون ، پاریس ۱۹۳۹ ، ص ۲۷.

فصل سوم

مذهب مالکی

پیشوای مدینه

شهرهای حجاز فرودگاه وحی و مهد پیروان سنت بود. و در آنجا مکتبی بوجود آمد بارنگی مخصوص که بمدرسه اهل حجاز یا اهل مدینه معروف گشت. این مدرسه در وهله اول به عمر بن خطاب و پسرش عبدالله و زید بن ثابت و عبدالله بن عباس و عائشه زن پیغمبر (ص) و در مرحله ثانی با سائید فقه مانند سعید بن مسیب و عروة بن زبیر و قاسم بن محمد و ابوبکر بن عبدالرحمن و سلیمان بن یسار و خارجه بن زید و عبیدالله بن عبدالله مربوط میشد.

مدینه منوره که محل هجرت پیامبر بود، پس از درگذشت فقیهان نامبرده نیز مرکزیت خود را حفظ کرد و همچنان مرکز پیروان حدیث ماند و امام مالک بن انس در سال ۹۵ هجری (۷۱۳ م.)^۱ در آنجا متولد شد و جز بعنوان حج بجای دیگری سفر نکرد و در همانجا هم بسال ۱۷۹ هـ (۷۹۵ م.) جهان فانی را بدرود گفت.

مطالب این کتاب بوسیله آقای اسماعیل گلستانی از روی
متن عربی بفارسی درآمده و از طرف آقای دکتر عبدالامیر سلیم
با متن و ترجمه انگلیسی کتاب دقیقاً مقابله شده است . اکنون
که بطبع کتاب پایان میرسد مؤسسه لازم می‌داند ضمن سپاسگزاری
از مترجم محترم ، از زحمات فوق‌العاده آقای دکتر سلیم نیز
تشکر کند .

ناشر

مقدمه چاپ دوم

بسم الله الرحمن الرحيم

غرض از نگارش کتاب حاضر این است که روش قانونگذاری اسلام بطور اختصار با التفات بمذاهب گوناگون آن وقوانین جدیده روشن گردد. در سال ۱۹۴۶ اولین طبع این کتاب انجام گرفت و انتشار آن توجه عده‌ای از بزرگان رجال شریعت و قانون را برانگیخت و توانست برخی از هدف‌های مرا تأمین نماید. در حال حاضر مجالی نیست که بتوانم از دانشمندان و دوستان فاضلی که نقد این کتاب یا تقریظ آنرا وجهه نظر خود ساخته‌اند نام ببرم؛ لیکن از بزرگداشت همه آنان ناگزیرم. فروش فوری مجلدات طبع پیشین و توجهی که به ترجمه آن بزبانهای دیگر شد مرا بتجدید انتشار دلیری بخشید و در خواست ترجمه آن به لغت اردو بوسیله حکومت پنجاب در پاکستان و بزبان انگلیسی در واشنگتن بوسیله مجمع فرهنگی آمریکائی برای اینجانب افتخار آمیز بود.

در این طبع علاوه بر ابقاء مواد اصلی کتاب تنقیحاتی نیز بعمل آمده و بر حسب اقتضاء بر قوانین و نظریات اجتماعی تازه عنایت شده است.

مالك دانشمند و پيشوا و محدث و فقيه مدنيه بود. و حتى گفته شده: «آيا در مدينه جز مالك كسى را ياراي فتوى دادن هست؟». او استاد شافعى بود و در باره اش چنين گويد: «مالك پس از تابعان، حجت خدا بر خلق بود و مالك آموزگار من بود و دانش را از او آموخيم. و هر گاه حديثى از مالك برسد بر آن چنگ بزن چه مالك اصل و سرچشمه حديث است»^۱.

مالك دانشمندی دلير با عقیده‌ای راسخ و ایمانی متين بود و در اظهار نظريات خود از هیچگونه قدرتی باکی نداشت و بر نوید و تهدید اعتناء نمیکرد و در راه ایمان و بیان عقیده خود به هر گونه زحمت و فشار و شکنجه بردباری مینمود و همین سبب شد که جعفر بن محمد والی مدینه او را بلحاظ اینکه میگفت با زور و اجبار نمیتوان بر مردم حکومت راند، شلاق زد^۲.

مالك فقه را از ربيعة بن عبدالرحمن معروف به ربيعة الراى آموخت و از محدثان زیادی مانند نافع مولای ابن عمرو زهری و ابو زناد و یحیی بن سعید انصاری استماع حدیث کرد. و از آنان و نیز عده دیگری از تابعان و تابعان آنان، روایت حدیث کرد تا آنکه در روایت ثقه و در فقه حجت دیگران شد.

مالك کتاب خود «الموطأ» را در حدیث نگاشت و آنرا بمقتضای موضوعات فقهی فصل بندی کرد و در مورد الموطأ شافعی گويد: «کتابى پس از کتاب خدا در

۱- برای ترجمه و شرح حال مالك به کتاب كوثر المعانی شفیعی و کتاب تنویر سیوطی در شرح موطأ مالك (مصر ۱۳۴۸ هـ، ج ۱ ص ۱۰-۱) و کتاب الانتقاد ابن عبدالبر (ص ۹ و مابعد آن) و کتاب الديباج المذهب فی معرفة اعیان المذهب از ابن فرحون (مصر، ۱۳۵۱ هـ) و به حاشیه آن نیل الابتهاج از تنبکئی مراجعه شود.

۲- الفهرست از ابن ندیم (چاپخانه رحمانیه، مصر ۱۳۴۸ هـ، ص ۲۸۰) والامة و السياسة از ابن قتیبه (چاپخانه مصطفی محمد، مصر، ج ۲ ص ۱۵۶).

صحت بپایه کتاب مالک نمیرسد^۱.

گفته شده است که الموطأ بروایات زیادی آمده ولی بیش از دو روایت از آنها بما نرسیده یکی روایت امام محمد بن حسن همنشین ابوحنیفه که در هند بچاپ رسیده و دیگری روایت یحیی لثی (متوفی بسال ۲۳۴ هـ) که در مصر چاپ شد، و زرقانی و سیوطی و دیگران آنرا شرح کرده اند.

مالک در اجتهاد خود به قرآن و حدیث استناد و اعتماد میکرد و از حدیث آن را می پذیرفت که صحت سند آن، ولو بخبر واحد، نزد او به ثبوت رسیده بود و بعمل اهل مدینه و گفتار صحابه نیز اعتماد میکرد و جائیکه نص نبود بسوی قیاس و دلیل تازه و مخصوص بمذهب خود می گرائید که «مصلح مرسله» نامیده میشد یعنی آنچه سود عمومی را دارا باشد - بیانش در مبحث بعدی خواهد آمد.

شامردان و پیروان مالک

امام محمد بن حسن شیبانی حنفی و امام شافعی صاحب مذهب معروف از شاگردان امام مالک بودند و از اتباع او راوی کتاب الموطأ یحیی لثی اندلسی بود که پیشتر بوی اشارت رفت و نیز اسد بن فرات تونسی (متوفی بسال ۲۱۳ هـ) و عبدالسلام تنوخی معروف به سحنون اهل قیروان (متوفی بسال ۲۴۰ هـ) و عبدالرحمن بن وهب (متوفی بسال ۱۹۷ هـ) و اشهب بن عبدالعزیز قیسی (متوفی بسال ۲۰۴ هـ) و عبدالله بن عبدالحکم (متوفی بسال ۲۱۴ هـ) و فرزندش محمد و غیر آنان شهرت یافتند. و پس از آنان طبقه ای دیگر از فقهاء مشهور، از مذهب مالکی پیروی کردند که از آنان بذکر ابوولید باجی و ابو حسن لخمی و ابن رشد کبیر و ابن رشد حنفید و ابن العربی در قرنهای پنجم و ششم هجرت و ابو قاسم بن جزی (متوفی بسال ۷۴۱ هـ) مؤلف القوانين الفقهیه

فی تلخیص مذهب المالکیه ، وسیدی خلیل (متوفی بسال ۷۶۷ هـ) صاحب المختصر مشهور ، و خرشی (متوفی بسال ۱۱۰۱ هـ) ، و عدوی (متوفی بسال ۱۱۸۹ هـ) اکتفا میکنیم .

امروزه پایه علم نزد تابعان مالک بر « کتاب المدونه » مبتنی است که بوسیله اسدبن فرات در اسدیه گردآوری شد و بعداً سحنون آنرا فرا گرفت و مرتب کرد و بنام « المدونه الکبری » منتشر ساخت .

مذهب مالکی در مدینه پدید آمد و در سراسر حجاز انتشار یافت و سپس مختص مردم مغرب و اندلس شد و بطوریکه ابن خلدون روشن میسازد علت این امر مسافرت و رفت و آمد فقیهان این سرزمینها به حجاز بود: « چه غالباً به حجاز مسافرت میکردند و حجاز آخرین نقطه سفر آنان بود و مدینه در آن روزگار دارالعلم بود ... و چون عراق در سر راه ایشان نبود لذا با استفاده از دانشمندان مدینه اقتضار کردند و همچنین چون بداوت بر مردم مغرب و اندلس غلبه داشت و از تمدنی چون تمدن عراقیان بهره مند نبودند ، به همین لحاظ با مردم حجاز مناسبت بیشتری داشتند ... »^۱

مذهب مالک هنوز در سرزمینهای مراکش و الجزائر و تونس و طرابلس غرب مذهب غالب مردم است و نیز این مذهب در منطقه صعید مصر و سودان و بحرین و کویت انتشار یافت ، همچنین در سایر کشورهای اسلامی پیروانی دارد و تقریباً چهل و پنج میلیون نفر از مسلمین جهان بر این مذهبند^۲ .

۱- مقدمه ابن خلدون ، ص ۳۹۲ .

۲- ماسینیون ، در محل مذکور .

فصل چهارم

مذهب شافعی

امام شافعی

امام محمد بن ادریس شافعی از خاندان قریش بود . در غزه بسال ۱۵۰ هـ (۷۶۷ م) متولد شد و در مصر بسال ۲۰۴ هـ (۸۱۹ م) بمرد . وی به سیر آفاق پرداخت و به حجاز مسافرت کرد و از امام مالک بن انس علم و دانش فرا گرفت ، و به عراق رفت و از محضر محمد شیبانی مصاحب ابوحنیفه برخوردار شد . و مدتی به صحرانشینی و بیابان گردی پرداخت و در یمن و مصر و عراق بارها اقامت کرد .

در ابتدای کار خود از پیروان مالک و اهل حدیث بود و اما سفرها و تجربیاتش در وی مؤثر افتاد و مذهب خاصی را برای خود برگزید و آن همان مذهب عراقی یا مذهب قدیم او بود که پس از اقامت در مصر از برخی از اقوال خود رجوع کرد و بشاگردان خود مذهب مصری یا مذهب جدید خود را تقریر نمود .

امام شافعی در لغت و فقه و حدیث مقام ارجمندی داشت و نیز بامور عملی آشنائی

۱- تفصیل سیرت او در کتاب مناقب الامام الشافعی از فخرالدین رازی (مصر، ۱۲۷۹ هـ)

و الانتقاء از ابن عبدالبر (ص ۶۵ و بعد) درج شده است.

کامل داشت ، فکرش عمیق و زبانش بلیغ و براستنباط و جدل توانا بود و از اینرو توانست طریقهٔ اهل رأی را با نظریات اهل حدیث جمع کند و بیکدیگر آمیزد و مذهب میانگینی بین حنفی و مالکی بیافریند . شافعی از ادلهٔ احکام ، کتاب و سنت و اجماع و قیاس را پذیرفت و با استدلال قائل بود ولی از پذیرفتن آنچه را که حنفی ها استحسان و مالکیها مصالح مرسله نامیده بودند ، سر باز زد .

تالیفات او

شافعی اولین کسی است که ادلهٔ احکام را بترتیب درآورد و اصول فقه را در رسالهٔ مشهور خود بصورت علمی نگاشت و در آن از نصوص کتاب و سنت و ناسخ و منسوخ و واجبات و علل احادیث و شرائط قبول حدیث منقول به خبر واحد و اجماع و اجتهاد و استحسان و قیاس بحث کرد .

بدون تردید مهمترین کتابی که از شافعی بدست ما رسیده ، کتاب الام است . و آن کتابیست که در هفت جزء نوشته شده و ربیع بن سلیمان شاگرد شافعی بصورتی علمی و جدلی از او روایت کرده است و در آن زمان چنین کتابی کمتر عدیل و نظیر داشته است .

برخی از دانشمندان مانند ابوطالب مکی^۱ در کتاب قوت القلوب و غزالی در احیاء علوم الدین^۲ نوشته اند که الام بوسیلهٔ ابو یعقوب بویطی یکی از تلامذهٔ شافعی نگاشته شده و سپس ربیع بن سلیمان در آن دخل و تصرفاتی نموده و مباحثی بر آن افزوده و آنگاه آنرا نمایان کرده است .

۱- در چاپخانهٔ علمیة مصر بسال ۱۳۱۲ هـ ، در ۱۶۰ صفحه بچاپ رسیده است .

۲- محمد بن علی بن عطیة الحارثی ، متوفی بسال ۳۸۶ هـ .

۳- چاپخانهٔ عثمانیة مصر ، ۱۹۳۲ ، ج ۲ ص ۱۶۶ .

د کترز کی مبارک در رساله‌ایکه بدین موضوع اختصاص داده^۱، از این نظریه دفاع کرده است. این کارمایهٔ اعتراض شدید گروهی گردید و از جمله شیخ حسین‌والی که در مجله‌های نورالاسلام و البلاغ به رد او برخاست و نسبت کتاب الام را به شافعی تأیید کرد. در هر حال ما با دکتر علی حسن عبدالقادر همراهی هستیم^۲، و میگوئیم که با مدارک فعلی و توجه به تنها نسخه‌ایکه بخط سراج الدین بلقینی برای ما بیادگار مانده است، نمیتوان در این مسأله تحقیق کرد بلکه باید به دست نویس‌های دیگر نیز رسیدگی کرد و با روش علمی به بررسی آنها پرداخت.

کتاب الام از مباحث گوناگون فقهی، عبادات، معاملات، مسائل جزائی و ازدواج گفتگو میکند. و در جزء هفتم آن بامور پراکنده میپردازد: از قبیل کتاب خلاف علی و ابن مسعود و کتاب خلاف شافعی و مالک و نیز مطالبی در اصول فقه مانند رد آنهاییکه احادیث را کلاً نمی‌پذیرند و مطالبی در رد خبر خاصه و ابطال استحسان و همچنین کتاب «الرد علی اهل المدينة» از شیبانی و کتاب اختلاف ابوحنیفه و ابن ابی لیلی، و کتاب سیرالاوزاعی از ابویوسف^۳ در این جزء آمده است.

و نیز شافعی کتابی بنام اختلاف الحدیث دارد که شاگردش از او روایت کرده است. و مسند الامام الشافعی که مشتمل بر احادیث منقول در کتاب الام است از آثار دیگر شافعی است^۴.

شاعران و تابعان او

از جمله کسانیکه در عراق از شافعی دانش فرا گرفتند، پیشوایان مذاهب

۱- در سال ۱۹۳۴ در مصر چاپ شده است.

۲- در کتاب او بنام نظرة عامة فی تاریخ الفقه الاسلامی، قاهره ۱۹۴۲، ج ۱ ص ۲۶۱.

۳- ج ۷، ص ۱۵۱، ۸۷، ۱۷۷، ۲۵۰، ۲۷۷، ۳۰۳.

۴- هر دو کتاب در حاشیه الام بطبع رسیده است.

خاصه یعنی احمد بن حنبل و داود ظاهری و ابو ثور بغدادی و ابو جعفر بن جریر طبری بودند ، بطوریکه شرح آن خواهد آمد .

از شاگردان مصری او^۱، ابو یعقوب بویطی (متوفی بسال ۲۳۱ هـ) و اسمعیل مزنی (متوفی بسال ۲۶۴ هـ) مؤلف کتاب معروف به المختصر^۲ و ربیع بن سلیمان مرادی (متوفی بسال ۲۷۰ هـ) راوی کتابهای شافعی و ربیع بن سلیمان جیزی (متوفی بسال ۲۵۶ هـ) مشهور شدند. پس از اینان دانشمندان دیگری پیدا شدند و مذهب شافعی را بلند آوازه کردند. مشهورترین ایشان عبارتند از: ابو اسحق فیروز آبادی (متوفی بسال ۴۷۶ هـ) مصنف کتاب مشهور المذهب ، وحجة الاسلام ابو حامد غزالی (متوفی بسال ۵۰۵ هـ) صاحب تألیفات معروف در اصول و فقه و فلسفه از قبیل کتابهای المستصفی ، والوحیز ، و احیاء علوم الدین و غیره ، و ابو القاسم رافعی (متوفی بسال ۶۲۳ هـ) مؤلف کتاب فتح العزیز در شرح «الوحیز» ، وقاضی عزالدین بن عبدالاسلام (متوفی بسال ۶۶۰ هـ) مؤلف کتاب قواعد الاحکام فی مصالح الانام ، و محیی الدین نووی (متوفی بسال ۶۷۶ هـ) مصنف کتاب الکبیر المجموع در شرح المذهب و شرح صحیح مسلم و منهاج الطالبین و غیره ، وقاضی ابن دقیق عید (متوفی بسال ۷۰۲ هـ) و تقی الدین علی سبکی (بضم سین و سکون باء، متوفی بسال ۷۵۶ هـ) مؤلف کتابی در تکملة «المجموع» از نووی و شرح منهاج البیضاوی و فتاوی السبکی ، و پسرش تاج الدین عبدالوهاب سبکی (متوفی بسال ۷۷۱ هـ) مصنف جمع الجوامع و تتمه شرح منهاج البیضاوی و طبقات الشافعية الکبری و غیره ، و جلال الدین سیوطی صاحب مؤلفات بسیار^۳ و غیر آنان.

۱- رجوع شود به طبقات الشافعية از ابوبکر بن هدايت الله حسینی ، و طبقات الفقهاء از شیرازی (بغداد ۱۳۵۶ هـ) ، و طبقات الشافعية الکبری از تاج الدین سبکی (مصر ۱۳۲۴ هـ در شش جزء) ، و وفیات الاعیان از ابن خلکان ، والفهرست ابن ندیم و غیره.

۲- در حاشیه الام چاپ شده است.

۳- شرح حال او بعداً خواهد آمد .

کشور مصر بزرگترین مرکز مذهب شافعی است چه امام شافعی مذهب تازه خود را در آنجا بسط داده و عده زیادی از یاران و شاگردان و ناشران مذهب او در مصر خصوصاً در سرزمین ریف میزیستند . و این مذهب در دوران حکومت ایوبی ها رسمیت داده شد و تا مدت ها شیخ و رئیس ازهر از میان علمای شافعی انتخاب میشد . همچنین در کشور فلسطین و اردن هاشمی این مذهب هم اکنون غلبه دارد و عده زیادی از اتباع شافعی در سوریه و لبنان خصوصاً در شهر بیروت هستند و نیز در عراق و حجاز و پاکستان و هند و هندوچین و اندونزی و ایران و یمن پراکنده شده اند و شماره پیروان این مذهب در جهان در حدود یکصد میلیون نفر است^۱ .

فصل پنجم

مذهب حنبلی

امام و شاعر دانش

بنیان گذار چهارمین مذهب سنی امام عبدالله احمد بن حنبل^۱ است که بسال ۱۶۴ هـ (۷۸۰ م) در بغداد متولد شد و در سال ۲۴۱ هـ (۸۵۵ م) در همانجا بمرد و در پژوهش دانش و جستجوی حدیث ، بشام و حجاز و یمن و کوفه و بصره مسافرت‌ها کرد و مجموعه بزرگی از احادیث را بنام «مسند الامام احمد» جمع کرد . این مجموعه از شش جزء تشکیل یافته و بیش از چهل هزار حدیث در آن گردآوری شده است . ابن حنبل بدوری گزیدن از رأی و دست زدن بدامان کتاب و سنت مشهور بود تا جائیکه برخی او را بیشتر در رسته محدثین شمرده‌اند تا گروه مجتهدین ، مانند ابن ندیم که او را با بخاری و مسلم و سایر محدثان در عداد فقهای حدیث^۲ قرار داده و ابن عبدالبر در کتاب خود «الانتقاد فی فضائل الائمة الفقهاء» شرح حال این امام را

۱- رجوع شود به کتاب مناقب الامام احمد بن حنبل از ابن جوزی (چاپخانه سعادت

مصر ، ۱۳۴۹ هـ) ، و مختصر طبقات الحنابلة از شطی (دمشق ۱۳۳۹ هـ) .

۲- الفهرست ، ص ۳۱۴ و ۳۲۰ .

نیاورده و همچنین طبری در کتاب «اختلاف الفقهاء» و ابن قتیبه در «کتاب المعارف»^۱ یادی از او و مذهبش نکرده است.

البته گفتمار فوق‌مردود است و بدون تردید مذهب حنبلی یکی از مذاهب اصلی سنی بشمار میرود که اسلوبی مستقل و مبادی مخصوصی در اصول و فروع دارد. در واقع ابن حنبل از شاگردان بزرگ امام شافعی بود ولی برای خود مذهب تازه‌ای مبتنی بر پنج اصل زیر برگزید: نصوص کتاب و سنت، و فتوای صحابه در صورتیکه معارضی نداشته باشد، عقیده‌ی یکی از صحابه بشرط موافقت با کتاب و سنت، حدیث مرسل و ضعیف و بالاخره قیاس بهنگام ضرورت.^۲

ابن حنبل در دین خود پایدار و در عقیده خود متین و استوار بود. چون در زمان خلافت واثق^۳ از او خواستند که نظریه «خلق قرآن» را بپذیرد و او از قبول این پیشنهاد سر باز زد، در فشار و شکنجه گذاشته شد و مضروب و زندانی گردید.

تنها وضع ابن حنبل چنین نبود بلکه اوراق تاریخ گواه سختگیری‌هایست که به مردان شریعت روا داشته‌اند. بویطی از یاران شافعی هم مانند ابن حنبل و بهمان منظور بازداشت شد و در زندان بغداد جان سپرد. بطوریکه گذشت ابوحنیفه نیز به زندان افکنده شد و مالک بعلل سیاسی کتک خورد. و نیز روایت شده است که سرخسی نگارش کتاب خود المبسوط را در زندان آغاز کرد. و همچنین ابن قیم جوزیه و تقی‌الدین تیمیه که در قلعه دمشق زندانی شدند و شخص اخیر همانجا در زندان جان به جان آفرین تسلیم کرد.

در امپراطوری روم قدیم، کراکلا امپراطور فرمان اعدام بابنیا نوس سوری

۱- چاپخانه اسلامی، مصر، ۱۹۳۴، ص ۲۱۶ و ما بعد آن.

۲- اعلام الموقعین عن رب العالمین، از ابن قیم جوزیه، ص ۲۳-۲۶.

۳- ضحی الاسلام از سید احمد امین، ج ۲ ص ۲۳۵ و ج ۳ ص ۳۶ و بعد.

از تقدیم چاپ دوم این کتاب بخوانندگان گرامی بسی خوشوقتم ، خصوصاً
اتمام آن در روز مبارک ولادت حضرت صاحب رسالت (ص) بنیانگذار شریعت
اسلام بوقوع پیوست .

بیروت ۱۲ ربیع الاول ۱۳۷۱

مطابق با ۱۰ کانون الاول ۱۹۵۱

الاصل بزرگترین فقیه روم را صادر کرد ، چه او بجواز قتل جیتا برادر امپراطور^۱ فتوی نداده بود .

امثله مزبور دلالت دارد براینکه پاکدامنی حقیقی و ایمان صحیح زیر بار زور و استبداد نمیروند و با رنگ و ویرنگ سازگاری ندارد .

از اتباع ابن حنبل ، کسانی که بروایت مذهب او اشتها دارند ، عبارتند از : ابوبکر بن هانی معروف به الاثرم مؤلف کتاب السنن فی الفقه ، و ابوالقاسم خرقی (متوفی بسال ۳۳۴ هـ) صاحب المختصر ، و عبدالعزیز بن جعفر (متوفی بسال ۳۶۳ هـ) ، و موفق الدین بن قدامه (متوفی بسال ۶۲۰ هـ) مصنف کتاب المغنی^۲ که از مهمترین کتابهای فقهی اسلامی است ، و کتاب العمدة فی الفقه الحنبلی^۳ ، و شمس الدین بن قدامه مقدسی (متوفی بسال ۶۸۲ هـ) مؤلف کتاب الشرح الکبیر که در شرح المقنع است^۴ ، و تقی الدین احمد بن تیمیه (۶۶۱-۷۲۸ هـ) صاحب الفتاوی المشهورة ، و مجموعه الرسائل الکبری ، و منهاج السنة و کتاب السياسة الشرعية^۵ و رساله معارج الاصول و غیر آنها .

۱- ژرار ، قانون روم ، پاریس ۱۹۲۴ ، ص ۶۷ .

۲- صاحب مجله المنار (در جلد بیست و ششم سال ۱۳۴۴ هـ ، ص ۲۷۸) بهنگامیکه کتاب مغنی چاپ نشده بود در این باره چنین آورده است : هر گاه خداوند وسایل کار را آماده سازد و کسی را برای چاپ این کتاب برانگیزد ، در آنصورت با اطمینان خاطر به بقاء جاودانه فقه اسلامی ، جان خواهم سپرد . چاپخانه المنار بعدها این کتاب را در دوازده جلد نفیس منتشر کرد و از جمله انتشارات سلطان عبدالعزیز آل سعود پادشاه مملکت عربی سعودی است .

۳- در قاهره بچاپ رسیده و آقای هانری لاوست عضو مجمع فرانسی دمسق آنرا بفرانسه برگردانده که در بیروت ، چاپخانه کاتولیکی ، بسال ۱۹۵۰ ، چاپ شده است .

۴- در چاپخانه المنار ، ذیل کتاب المغنی ، بچاپ رسیده است .

۵- آنرا نیز آقای هانری لاوست بهفرانسه ترجمه نموده ، و در بیروت بسال ۱۹۴۸

وابوعبدالله بن بکر زرعی دمشقی معروف به ابن قیم جوزیه (متوفی بسال ۷۵۱ هـ) مؤلف اعلام الموقعین عن رب العالمین و الطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة و زاد المعاد فی هدی خیر العباد و غیر آنها .

انتشار مذهب و جنبش وهابیه

میان مذاهب سنی دائره انتشار مذهب حنبلی از دیگران تنگتر بود و این مذهب نخست در بغداد و در قرن چهارم در خارج از عراق و در قرن ششم در مصر اشاعه یافت .

مذهب حنبلی بدست مجتهدینی مانند ابن تیمیه و شاگردش ابن قیم و غیر آنان ، روح زنده و تازه یافت . و سپس در قرن دوازدهم هجری (هیجدهم میلادی) امام محمد بن عبدالوهاب با جنبش اصلاحی خود موجب تجدید و نشر این مذهب در سرزمین نجد گردید . و مذهب جدید در اثر پیروزی وهابیان خصوصاً در زمان عبدالعزیز آل سعود شیوع بیشتری یافت .

امروزه مذهب مذکور در کشور عربستان سعودی رسمیت دارد و در دیگر نقاط جزیره العرب همچنین در فلسطین و شام و عراق و غیره نیز عده ای پیرو این مذهبند و تعداد پیروان این مذهب بیش از سه میلیون نفر است^۱ .

شیخ محمد بن عبدالوهاب در شهر عینه (نجد) در سال ۱۱۱۵ هجری متولد و در سال ۱۲۰۶ وفات یافت و در ضمن رساله های متعددی که با عبارات ساده ای نوشته بود ، مانند «رسالة القواعد الاربع» و «کتاب کشف الشبهات» و «کتاب مسائل الجاهلیة» به نشر عقاید خود پرداخت و سراسر روزگارش در مبارزه و کوشش و رنج در راه اشاعه تعالیمش سپری گردید .

ابن عبدالوهاب از مجددان مذهب حنبلی پس از ابن تیمیه و ابن قیم بود و چنین عقیده داشت که در اصول دین رجوع بقرآن و سنت صحیح ضروری است و با تقلید و پیروی‌های کورکورانه «که موجب نابودی اندیشه آزاد ... و علت مرگی روح استقلال ... و خاموشی شعله‌های نشاط می‌باشد.» و با دست آویز نمودن اینکه «ما و پدران ما و اجداد ما بر این روید بوده‌اند» بمبارزه و جنگ پرداخت و از تمسک به شروح و متون و آراء و عقاید گوناگون سر باز زد و بمخالفت بدعت‌های دینی از قبیل مقدس شمردن گنبدها و پرستش گورها برخاست و باطنیل زنها و سوراچی‌ها و نی‌زن‌ها و رقاصان که آیات خدائی را بریش‌خند می‌گیرند، مخالفت ورزید. و این نوع کارها را منافی و معارض با روح حقیقی اسلام، و شبیه بت پرستی عهد جاهلیت شمرد.

فصل ششم

مذاهب از میان رفته سنیان

اهم این مذاهب

عده مذاهب سنی متعدد و از ده مکتب متجاوز بود و متدرجاً تعداد آنها رو بکاهش نهاد و بمروور زمان برخی از آنها منقرض گردید و امروزه جز چهار مکتبی که بیان آنها گذشت مذهبی دیگر باقی نمانده است .

از پیشوایان مذهبهای از بین رفته : عبدالله بن شبرمه (متوفی بسال ۱۴۴ هـ)
و محمد بن عبدالرحمن بن ابی لیلی قاضی کوفه (متوفی بسال ۱۴۸ هـ) و سفیان ثوری
(متوفی بسال ۱۶۱ هـ) و لیث بن سعد (متوفی بسال ۱۷۵ هـ) و شریک نخعی (متوفی
بسال ۱۷۷ هـ) و سفیان بن عیینه (متوفی بسال ۱۹۸ هـ) و اسحق بن راهویه (متوفی
بسال ۲۳۸ هـ) و ابراهیم بن خالد بغدادی معروف به ابی ثور (متوفی بسال ۲۴۶ هـ)
را میتوان نام برد . و همچنین اوزاعی و داود ظاهری و طبری از پیشوایان مذاهب
از بین رفته بشمار میروند که درباره این سه مذهب اخیر بطور اجمال اشاره ای
می شود .

مذهب اوزاعی

امام ابو عمرو عبدالرحمن بن عمرو اوزاعی منسوب به اوزاع، قبیله‌ای در یمن و بقول قریه‌ای در دمشق بود. و در سال ۸۸ هجری در بعلبک متولد شد و در بیروت اقامت گزید و همانجا سال ۱۵۷ هجری بمرد و در قسمت جنوبی ریگزار بیروت که امروزه به محله الاوزاعی معروف است، بخاک سپرده شد.

امام نامبرده، فقیه و پارسا و دلیر و بحديث دانا و پیشوای مردم شام بود و شامیان پیرو مذهب او بودند و سپس مذهب او به اندلس منتقل شد ولی پس از قرن دوم هجرت و پیدایش مذهب شافعی در شام و مذهب حنبلی در اندلس، مذهب مزبور منقرض گردید.

این مذهب در شمار مذاهب اهل حدیث^۲ شمرده میشود که رأی و قیاس را معتبر نمیدانستند. مذهب اوزاعی از مذاهب منقرضه است و جز اسمی از آن در کتابها^۳ دیده نمیشود و گویا در کتابخانه دانشکده قروین در فاس، پایتخت غرب اقصی، کتابی خطی از فقه اوزاعی موجود است و اگر این خبر درست باشد، امید میرود که اولیاء امور آنحدود بچاپ آن نسخه نفیس اقدام کنند و از اینراه خدمت بزرگی بتاریخ و احیای علوم شرعی اسلامی نمایند.

۱- از ابن خلکان ' ج ۱، ص ۲۷۵. و ابن ندیم میگوید وفات او بسال ۱۵۹ ه بوده است، به الفهرست ' ص ۳۱۸ رجوع شود.

۲- ابن قتیبه آنرا به غلط به اهل رأی پیوسته است. رجوع شود به المعارف، ص ۲۱۷.

۳- رجوع شود بکتاب سیرالاوزاعی از ابویوسف در جزء هفتم از کتاب الام، و کتاب محاسن المساعی فی مناقب الامام ابی عمرو الاوزاعی (که باهتمام امیرشکیب ارسلان در چاپخانه حلبی مصر از روی نسخه‌ای بخط زین الدین خطیب، که در کتابخانه برلین پیدا شده، چاپ و نشر شده است).

مذهب ظاهری

داود بن علی اصفهانی معروف به ابو سلیمان ظاهری در سال ۲۰۰ یا ۲۰۲ هـ در کوفه بدنیا آمد و در بغداد زیست و همانجا بسال ۲۷۰ هـ بمرد. او نخست از پیروان مذهب شافعی بود و سپس مذهب مخصوصی را بوجود آورد.^۱

چون او به ظاهر کتاب و سنت تمسک مینمود، مذهبش ظاهری نامیده شد و اجماع را باین شرط قبول داشت که جمیع علماء امت بر چیزی اجماع کنند و قیاس را نمی پذیرفت مگر اینکه مستند بنص باشد و از عمل بدلائل دیگر مانند رأی و استحسان و تقلید و غیره سر باز میزد و بنظر او آیه کریمه «فان تنازعتم فی شیء فردوه الی الله والرسول»^۲ کاملتر و جامعتر از هر سخنی است که مردم بر زبان می آورند»^۳.

تابعان مذهبش فراوان بودند. از آن جمله پسرش محمد بن داود (متوفی بسال ۲۹۷ هـ) و ابن المغلس (متوفی بسال ۳۲۴ هـ) شهرت دارند. این مذهب در اندلس منتشر شد و تا قرن پنجم در آن دیار رواج داشت و سپس روی باضمحلال نهاد تا اینکه در قرن هشتم کاملاً از بین رفت.

از کسانی که بمذهب ظاهری گرویده بودند میتوان ابو محمد علی بن حزم اندلسی معروف به ابن حزم (متوفی بسال ۴۵۶ هـ) را یاد کرد که دارای تألیفات زیادی مانند کتاب الاحکام لاصول الاحکام در هشت جزء، و مختصر النبد فی الفقه الظاهری، و کتاب المحلی فی فروع الفقه در یازده جزء، و کتاب الفصل فی الملل و الاهواء و النحل و غیره میباشد.

۱- ابن خلکان، ج ۱، ص ۱۶۵.

۲- سوره نساء (۴) ۵۹.

۳- الاحکام لاصول الاحکام از ابن حزم، ج ۱، ص ۹، و ج ۵، ص ۱۶۰، و ج ۷.

ابن حزم مؤلفی دانشمند و در استدلال نیرومند بود و لسی در عبارات خود سخنان درشت بکار میبرد و از استعمال سخنان نیشدار درباره مخالفان خود، خودداری نمیکرد. مثلاً اقوال ابوحنیفه و پیروان او را، دروغ و ناشی از حماقت میشمرد. با وجود اینکه این مذهب به ظواهر نصوص تمسک می کرد و از رأی و قیاس دوری می جست؛ باز گاهی به نظریاتی برخورد می کنیم که مخصوص به این مذهب است و با دیگر مذاهب اسلامی مخالفت دارد. گرچه به نظریات حقوقی امروزی غرب نزدیک است. مثلاً در هیچیک از مذاهب شرع اسلام بر زن دارا واجب نیست که نفقه شوهر نادر خود را بپردازد جز در همین مذهب^۱.

مذهب طبری

ابو جعفر محمد بن جریر طبری در آمل طبرستان بسال ۲۲۴ هـ متولد شد و در سال ۳۱۰ هـ در بغداد در گذشت و در دانش های زیادی دست داشت و مؤلف تاریخ معروف طبری و تفسیر کبیر قرآن است که درباره آن گفته اند که: «بهتر از آن کاری در این زمینه انجام نیافته است». امام نامبرده مسافرت ها نمود و فقه شافعی و مالک و فقه اهل رأی را بیاموخت. و سپس مذهبی مخصوص به خود برگزید و این مذهب در بغداد رواج یافت. ابو الفرج معافای نهروانی وعده ای دیگر^۲ از پیروان مذهب او بودند. طبری در فقه تألیفاتی دارد که مهمترین آنها عبارتند از: کتاب اللطیف، و کتاب الخفیف، و کتاب البسیط، و کتاب الآثار، و کتاب اختلاف الفقهاء. و در کتاب اخیر خود بمقایسه

۱- المحلي از ابن حزم، جلد ۱۰، شماره ۱۹۳۰.

۲- برای دانستن اسامی باقی اصحاب وی و جویندگان مذهبش به الفهرست از ابن ندیم

مکاتب فقهی اسلامی پرداخته است.^۱

مذهب طبری در اواسط قرن پنجم هجری از هم پاشید و در اعماق تاریخ فرو رفت. از نکات جالب توجه برای طرفداران حقوق زن در این روزگاران این است که در این مذهب و مذهب ظاهری که ذکر آن گذشت، زنان اجازه دارند که در کلیه امور قضاوت و دادرسی نمایند. در صورتیکه ابوحنیفه فقط در امور مالی برای زنان حق قضاوت قائل شده است و مذاهب دیگر این حق را بطور کلی از طبقه نسوان سلب کرده اند.^۲

۱- از آن قطعه خطی در کتابخانه مصر باقی بود، که در سال ۱۳۲۰ هـ در قاهره

بچاپ رسید.

۲- بدایة المجتهد (ج ۲، ص ۳۸۱). المحلی (ج ۹، شماره ۱۸۰۰).

فصل هفتم

مذاهب شیعه

اهل تشیع

مذهب‌هایی که پیشتر یادآوری شدند، مذاهب سنی نامیده می‌شوند، زیرا منسوب با اهل سنتند که پس از وفات پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله بترتیب بخلافت ابوبکر صدیق و عمر بن خطاب و عثمان بن عفان (رضی الله عنهم) قائلند.

ولی شیعیان در این مورد با سنیان بمخالفت برخاستند و پس از پیامبر خلافت را سزاوار علی بن ابیطالب (کرم الله وجهه) دانستند. چه او از اهل بیت پیامبر و پسر عم و شوی دختر او فاطمه و نخستین مردی بود که اسلام آورد. و بنا بگفتار آنان، پیامبر او را بجانشینی خود برگزید. آنان بجهات مذکور از علی پیروی میکنند و شیعه (پیرو) نامیده شده‌اند و شیعیان تقریباً يك دهم مسلمین جهان را تشکیل میدهند^۱.

بطوریکه پیشتر گذشت اختلاف سنی و شیعی بر پایه اختلاف سیاسی بود که از اوایل تاریخ اسلامی شروع شد و همچنان ادامه دارد و در آن موقع شیعیان را این هدف

بود که حق اهل بیت پیامبر را از ابوبکر و عمر و عثمان و خلفای اموی و عباسی بگیرند ولی ادامهٔ اختلاف این دو فرقه در حال حاضر توجیه مناسبی ندارد. و همچنین میان شیعه و سنی در مسائل دیگر از قبیل امامت و اجتهاد و ادله و اصول و فروع عبادات و معاملات اختلاف‌هایی وجود داشت که به بعضی از این اختلافات در محل خود اشاره خواهد شد.

مسألهٔ امامت خود موجب انقسام و اختلاف اهل شیعه و پراکندگی آن بفرقه‌ها و دسته‌هایی گردید که مهم‌ترین آنها به ترتیب عبارتند از: شیعهٔ امامیه، زیدیه، اسمعیلیه. پیروان کلیهٔ این فرق برای منفق‌اند که امامت حق خاندان پیغمبر است و نیز در چهار امام نخستین یعنی علی بن ابیطالب و دو پسرش حسن و حسین و علی بن زین العابدین فرزند حسین اتفاق دارند.

و اما از آن به بعد افتراق پیدا میکنند و زیدیه به امامت زید پسر علی و بقیه بامامت ابو جعفر محمد باقر و بعد از او به پیشوائی جعفر صادق قائلند و پس از او به دو گروه منشعب میشوند؛ فرقه اسمعیلیه هفتمین امام را اسمعیل پسر جعفر صادق میدانند ولی فرقه امامیه یا دوازده امامی به ترتیب به پیشوائی موسی کاظم، علی الرضا، محمد الجواد، علی الهادی، حسن عسکری و امام دوازدهم محمد مهدی المنتظر قائلند و اینکه به هر یک از مذاهب فوق باجمال اشارتی میکنیم.^۱

شیعه امامیه

این گروه از شیعه بلحاظ اینکه بدوازده امام معتقدند، دوازده امامی و از لحاظ اهمیتی که بامام و اعتقادی که به عصمت ائمه و مهدی منتظر دارند^۲ امامیه نامیده

۱- ضحی الاسلام، ج ۳ ص ۲۰۸ و بعد.

۲- رجوع شود به الملل و النحل شهرستانی (حاشیه الفصل فی الملل و الاهواء *).

مقدمه چاپ اول

روزگارها میگذرد و قرن‌ها سپری میگردد و در این خلال تاریخ آثار جاوید خود را بنیادگار میگذارد. اوراق تاریخ آئینه تمام نمای وقایع بزرگ اجتماعی است، آئینه ای که حوادث دور را مانند شبی لرزان در برابر دیده ما نمایش میدهد و واقعیات نزدیک را بصورتی روشنتر جلوه گر میسازد، دوره‌ها را را کد و جامد، نزدیک‌ها را زنده و متحرك می‌بینیم که دائماً پیش ما جاری میشوند و بدور ما چرخ میزنند. میان حوادث تاریخی رابطه محکمی است که همواره آنها را در سیر تاریخی متوازن بهم متصل میسازد و این رابطه مانند موجی است در گذرگاه زمان و مکان که گذشته را با حال و سابق را بالاحق پیوند میزند.

این است که ما برای درک واقعی تازها ناگزیر از فهم عمیق وقایع قدیم و تحلیل و توجیه موجبات تحول و تطور آنها هستیم و باید علل وجودی و کیفیت نشوء و نمو آنها را دریابیم.

یکی از حقایق ثابت تاریخ این است که پدیده‌های زندگی اجتماعی با تغییر زمان و مکان دستخوش تنوع و تغییرند و قوانین مدنی و شرایع اجتماعی نیز از جمله

شده‌اند .

ادله تشریع در مذهب این شیعیان عبارت است از کتاب و سنت و اجماع^۱ و در خصوص وقوع تحریف در قرآن مجید بین دانشمندان شیعه امامیه اختلاف نظر وجود دارد ولی قول مختار بر عدم وقوع آنست^۲. و در مورد سنت احادیثی را قبول دارند که اسنادش به اهل بیت برگردد و این احادیث را اخبار مینامند .

و حجیت اجماع در نظر آنان نه برای اتفاق دانشمندان بر قولی میباشد و بس بلکه از آن جهت معتبر است که بر قول امام معصوم نیز مشتمل است^۳. اما قیاس در نظر اخباریان ممنوع و نزد اصولیان مقبول شمرده شده است^{۴،۵}.

اما در فروع فقه مذهب شیعه امامیه اختلاف چندانی با مذهب شافعی ندارد .

* والنحل از ابن حزم ، مصر ، ۱۳۴۷ هـ ؛ ج ۲ ، ص ۲ و بعد). همچنین نگاه کنید به ضحی الاسلام (ج ۳ ص ۲۱۵ ، و ص ۲۲۶-۲۲۹) آنچه درباره مهدی یعنی امام منتظر آمده است که باز خواهد گشت و دشمنانش را منکوب و زمین را پراز عدل و داد خواهد کرد . و آنچه از عمل اهل شیعه به تقیه بیان شده است ، و تقیه روشی مرموز و پوشیده است در احوال آنان ، تازمانی که سختی‌ها و مشکلات پایان یابد .

۱- بعد از اجماع ، ادله عقلیه نزد شیعیان امامیه از منابع حقوق شمرده میشود (مترجم).

۲- وسیلة الوسائل فی شرح الرسائل در علم اصول از حاج سید محمد باقر ، چاپخانه تبریزی ، ۱۲۹۰ هـ ، ص ۶۱ .

۳- حل العقول لمقد الفحول از محمد باقر مرتضی طباطبائی که با وسیلة الوسائل چاپ و یکجا مجلد شده است . ص ۴۴ .

۴- تذکرة الفقهاء أزلحی (ج ۱ ، ص ۱) ، وسیلة الوسائل (ص ۷) ، حل العقول (ص ۵۳).

۵- فرقه اخباریان از شیعه امامیه جز کتاب و سنت چیزی را حجت ندانسته و به هیچ نوع رأی و اجتهاد و استدلال عقلی قائل نیستند . و اصل احتیاط را تعمیم داده و در موارد براهت نیز همان را بکار میبرند و در مقام تعارض دلیل عقلی و نقلی بخلاف اصولیان دلیل نقلی را مقدم میدارند . ولی اکثر دانشمندان اهل شیعه اصولی هستند . (مترجم)

بطوریکه برخی این مذهب را بعنوان مذهب پنجم و در ردیف مذاهب چهار گانه سنت قرار داده‌اند. از مسائل خلافتی در فروع جائز بودن متعه یا ازدواج موقت و بعضی از مسائل ارث و غیره می‌باشد.

امام جعفر صادق (۸۰ یا ۸۳ - ۱۴۸ هـ) نزد شیعیان امامیه شهرت بسزائی دارد و او از بزرگان مجتهدین بوده و به راستی و شرافت و دانش معروف بود و این مذهب را گاهی به او نسبت می‌دهند و «مذهب جعفری» می‌نامند و زرارة بن اعین (متوفی بسال ۱۵۰ هـ) و دو فرزندش حسن و حسین و عده زیاد دیگری نیز در این مذهب اشتها دارند^۱.

تردیدی نیست که فرقه امامیه بزرگترین فرقه شیعه است و در ایران سیزده میلیون و در پاکستان و هندشش میلیون و در عراق نزدیک به دو میلیون و در لبنان نزدیک به دوست و سی و پنجهزار^۲ و در سوریه قریب یازده هزار نفر شیعه امامیه زندگی میکنند^۳.

مذهب امامیه از آغاز فرمانروائی خاندان صفویه (منسوب به اسمعیل صفوی) سال ۹۰۷ هـ (۱۵۰۱) تا کنون مذهب رسمی دولت ایران بشمار میرود.

۱- رجوع شود به الفهرست ابن ندیم، ص ۲۰۷-۳۱۴ و ۲۷۵-۲۷۹. از کتابهای معروف شیعیان: کتاب شرائع الاسلام از جعفر بن حسن حلی معروف به محقق (متوفی بسال ۶۷۶ هجری یا ۱۲۷۷ م) و شرح آن جواهر الکلام از محمد حسن نجفی متوفی در اواسط قرن سیزدهم و تذکرة الفقهاء از محسن بن یوسف حلی در دو جزء، و کتاب مفتاح الکرامة شرح قواعد علامه تصنیف محمد جواد بن محمد حسینی عاملی (متوفی بسال ۱۲۲۶ هـ)، و کتاب وسائل الشیعه الی مسائل الشریعة از محمد بن حسن بن علی حر عاملی (متوفی بسال ۱۱۰۴ هـ) و کتابهای حدیث که بیان آنها خواهد آمد.

۲- در اواخر سال ۱۹۵۱.

۳- ۱۷۴، ۱۰، در گزارش تقدیمی بجامعه ملل سال ۱۹۳۴.

گرچه در قرن هیجدهم در ایران فعالیت‌های زیادی برای توحید مذاهب شیعه و سنی بعمل آمد ولی به نتیجه نرسید.^۱

در سوریه و لبنان پیروان این مذاهب را «شیعه متاوله» - جمع متوالی یعنی پیروان امام علی بن ابیطالب - مینامند و در لبنان داد گاه‌های شرعی مخصوصی دارند که در احوال شخصیه بین آنان دادرسی و حکومت مینماید و داد گاه‌های مذکور را «المحاکم الجعفریه» می نامند.

شیعه زیدیه

این گروه از شیعیان زید بن علی را امام پنجم میدانند و بعد از او بامامت اولاد فاطمه دخت پیامبر قائلند. و امام زید در سال ۱۲۲ هـ در جنگ بامردان خلیفه اموی هشام بن عبدالملک و بدست آنان کشته شد و همچنین پسرش یحیی پس از سه سال در شورش که علیه ولید بن یزید نمود، بقتل رسید.

از مجتهدین زیدیه حسن بن صالح بن حی (متوفی بسال ۱۶۸ هـ) و حسن بن زید بن محمد ملقب به «الامام الداعی الی الحق» که از سال ۲۵۰ تا سال وفاتش ۲۷۰ هـ در طبرستان پادشاهی داشت، و قاسم بن ابراهیم علوی، و نواده او یحیی الهادی، و ابو جعفر مرادی و غیره آوازه یافتند.^۲

از کتابهای قدیم زیدیه کتاب «المجموع» حاوی اخبار و فتاوی منقول از امام زید بن علی است که بر حسب موضوع ترتیب یافته است.^۳ و امروزه کتاب الروض النضیر

۱- رجوع شود به کنفرانس‌های گولدزیه (Le Dogme et la Loi de l'Islam) 'صفحه

۲۴۹-۲۴۷.

۲- الفهرست از ابن ندیم، ص ۲۷۴.

۳- گریفینی (Griffini) آنرا در میلان بسال ۱۹۱۹ م بچاپ رسانده است.

در شرح مجموع الفقه الكبير^۱ تألیف شرف الدین حسین بن احمد حیمی (متوفی بسال ۵۱۲۲۱ هـ) از کتابهای معروف آنان بشمار میرود .

شیعه زیدیه نسبت به خلفای پیش از علی بن ابیطالب نظر معتدلی دارد و خلافت ابوبکر و عمر را بنا بقاعده «جواز امامت مفضل با وجود افضل»^۲ نزد خود صحیح میدانند و زیدیه نزدیکترین فرقه شیعه بمذاهب سنی هستند و مرکزشان شهرهای یمن است و عددشان به سه میلیون و اندی بالغ میگردد.^۳

شیعه اسماعیلیه

این اقلیت از شیعیان همانهایی هستند که امامت امام موسی الکاظم را نپذیرفتند و بامامت برادر بزرگ او ، اسمعیل معتقدند . این مذهب در مصر پدید آمد و از سال ۹۰۹ تا سال ۱۲۶۱ میلادی خلفای فاطمی از این مذهب پیروی میکردند و امروز اسماعیلیان دو فرقه اند :

۱- فرقه اسماعیلیه شرقی که مرکزش در هند است و در ایران و آسیای میانه نیز پیروانی دارد و ریاستش به عهده امیر محمد شاه معروف به آقاخان^۴ است که بعقیده آنان چهل و هشتمین امام بعد از پیغمبر است و یکدهم از اموالشان را به وی میپردازند و تعدادشان در هند انگلیس به یک میلیون نفر میرسد^۵ .

۱- باتمه اش از عباس بن احمد حسینی یمنی در پنج مجلد ، در چاپخانه سعادت مصر در سال ۱۳۴۷-۱۳۴۹ هـ چاپ شده است .

۲- الملل و النحل از شهرستانی (در حاشیه کتاب ابن حزم) ، ج ۱ ص ۱۶۰ .

۳- بر حسب تخمین کتاب (Guide to the peace) ، چاپ نیویورک ۱۹۴۵ ، زیر نظر آقای سامنرولز ، ص ۳۳۶ .

۴- پس از فوت آقاخان ، امامت و پیشوائی این گروه بانوه اش کریمخان است . (مترجم)

۵- کتاب ماسینیون (Annuaire du monde Musulman) ، پاریس ، ۱۹۲۳ ، صفحه ۲۹۱ .

۲- فرقه اسماعیلیه غربی که در شهرهای جنوبی عرب و کرانه‌های خلیج فارس و جبال حماه و لاذقیه سوریه منتشرند و تعدادشان در سوریه با علویان به بیست هزار و پانصد تن میرسد.^۱

اما فقه اسماعیلیه شهرتی ندارد و در این خصوص به کتاب «دعائم الاسلام»^۲ از قاضی نعمان بن محمد تمیمی مغربی (متوفی بسال ۳۶۳ هـ) میتوان توجه کرد که نسخه‌هایی از آن وجود دارد گرچه همه آن کتاب یکجا چاپ نشده است ولی اخیراً کتاب وصیت^۳ و کتاب جهاد و مقدمات آن کتاب^۴ منتشر شده است.

۱- از گزارش تقدیمی به جامعه ملل سال ۱۹۳۴.

۲- به کتاب «المقدمة لدرس الشرع الاسلامی» تألیف فیضی (بانگلیسی) مراجعه شود، اکسفورد ۱۹۳۱، ص ۳۲-۳۳، و نیز به نام مصنفان کتاب‌های اسمعیلی در الفهرست ابن ندیم، ص ۲۶۷ به بعد، مراجعه شود.

۳- به تحقیق آصف بن علی اصغر فیضی، چاپ اکسفورد ۱۹۳۳.

۴- همچنین به تحقیق فیضی، چاپ مصر، ۱۹۵۱.

فصل هشتم

قوانین عثمانی و مجله احکام عدلیه

فکر تدوین قانون رسمی

در فصول گذشته پیدایش مذاهب اسلامی و اختلاف آنها را در اصول و فروع فقه بیان کردیم و از وضع تشریع و قانونگذاری در دوران جمود و از سپری شدن دوران طلایی اسلام مستحضر شدیم . همچنین توضیح دادیم که چگونه از اجتهاد باز ایستادند و تقلید عمومیت یافت و تألیفهای گوناگون از متنهای مختصر گرفته تا شرحها و شرح شرحها و حاشیهها و تکملهها و مجموعههای فتاوی و تنقیح آنها رواج یافت . بطوریکه بحث و غور در موضوعات فقهی در شمار سختترین کارها درآمد . آنچه بر سخی این امر میافزود ، این بود که احکام شرعی در معاملات رسماً تدوین نشده بود . در عهد عثمان بن عفان ۳۰ هـ (۶۵۰ م) قرآن بر اساس يك قرائت واحد جمعآوری شد و اما سرنوشت حدیث جز این بود زیرا عمر بن خطاب با جمعآوری اخبار و سنن مخالفت کرد و از آن بیم داشت که مردم به حدیث اقبال کنند و از توجه آنها به قرآن کاسته شود.

در اوایل قرن دوم هجری (قرن هشتم میلادی) خلیفه اموی ، عمر بن عبدالعزیز

چون دانش و دانشمندان را در معرض زوال و نابودی میدید، بر آن شد که به جمع آوری سنت اقدام کند، و به ابوبکر بن حزم نامه‌ای نوشت که احادیث را جمع آوری کند. اما مرگش فرارسید و با تمام این مهم توفیق نیافت^۱ و احکام معاملات در يك قانون عمومی درج نگردید و ثمره‌ای جز پراکندگی آراء و اقوال و اجتهاد ببار نیاورد.

کوشش‌های ابن مقفع و ابوجعفر منصور

عبدالله بن مقفع (متوفی بسال ۱۴۴ هـ) اصلاً پارسی و نویسنده‌ای توانا بود و به دانش و ادب و بلاغت شهرتی بسزا داشت و ترجمه‌های او از فارسی به عربی نیز مایهٔ اشتهاور او گردید^۲.

در آغاز دوران عباسیان چون ابن مقفع هرج و مرج و خودسری در مذاهب را بدید، در «رسالة الصحابة» خود چگونگی آراء مذهبیه را بخلیفه وقت ابوجعفر منصور نوشت و زیان خودسری در اجتهاد و پراکندگی آراء مذهبی را بوی باز نمود و تدوین يك قانون عامی را که مستخرج از کتاب و سنت، و در صورت نبودن نص، مأخوذ از آرائی باشد که بر مبنای داد گری و مصلحت عمومی صدور یابد و در کلیهٔ کشورهای اسلامی یکسان جاری شود، مفید و ضروری دانست.

اینک قسمتی از نامهٔ ابن مقفع آورده میشود: «بطوریکه امیر المؤمنین می‌بیند، اختلاف قوانین و احکام در نقاط مختلف کشورهای اسلامی و احیاناً تناقض آنها امر مهمی است... چنانچه امیر المؤمنین فرماید که کلیهٔ احکام و روش‌ها در کتابی جمع گردد و به همراه روش استدلالهای هر قوم بحضور او تقدیم شود و در آنها بدقت بنگرد و در هر مورد رأی خود را بدهد و فرمان دهد که کتاب جامعی در این

۱- تنویر الحوالک در شرح موطأ مالک، ج ۱ ص ۴.

۲- او مترجم کتاب معروف «کلیله و دمنه» است.

باره تدوین گردد تا داد گاهها رأیی مخالف آن صادر نکنند ، در این صورت امید می‌رود که خداوند ، این احکام گوناگون آمیخته را به صواب راهبری کند و تقریب این روش‌ها که بارأی و فرمان امیرالمؤمنین صورت می‌گیرد بایه وحدت کلمه و اجماع گردد.^۱

این بود پیشنهاد ابن مقفع ، گرچه این پیشنهاد هرگز عملی نشد زیرا فقیهان و کسانی که می‌بایست عهده‌دار این امر شوند از ارتکاب خطا در تصمیمات و اجتهادات خود بیمناک بودند و نخواستند پیشینیۀ کار را چنان نهند که مردم را به پیروی از نظریات خود اجبار کنند.^۲

روایتی از ابو منصور نیز این قول را تأیید میکند : او در سال ۱۴۹ هـ موقع تشرف به حج از امام مالک بن انس خواست که تمام مردم را به عمل به مذهب خود وا دارد . ولی امام خودداری کرد ، و گفت : « هر قومی گذشته‌ای و پیشوایانی دارد و اگر امیرالمؤمنین که خداوند او را پیروز گرداند ، صلاح بدانند هر قومی را بحال خود وا گذارند .

سپس در سال ۱۶۳ هـ (۷۷۷ م) خلیفه نامبرده در ایام حج پیشنهاد خود را به مالک تجدید کرد ، و باو گفت : « ای ابو عبدالله به تدوین فقه پرداز و کتابهایی در این دانش بنویس و از سختگیریهای ابن عمرو ، رخصت‌های ابن عباس و شواذ و نوادر این مسعود اجتناب کن و در آن میان راهی معتدل که مورد اجماع ائمه و صحابه رضی الله عنهم باشد پیش گیر ، تا بخواست خداوند مردم را وادار کنیم که بر حسب دانش و کتاب تو عمل کنند و آنرا در تمام کشورها منتشر سازیم و بمردم دستور دهیم تا بر خلاف

۱- تاریخ القضاء فی الاسلام از آقای عرنوس ، ص ۸۴-۸۵ .

۲- اقوال پیشوایان را در مذمت تقلید بعدها نقل خواهیم کرد.

آنها رفتاری ننمایند»^۱.

پس امام مالك كتاب الموطأ را بهرشته تحریري در آورد . ولی چه در آن موقع و چه در زمان هارون الرشید نخواست مردم را به پیروی و انقیاد از مذهب خود وادار کند . و همین روش تا پیدایش دولت عثمانی ادامه یافت و قوانین فقهی در کشورهای اسلامی بصورت مدون رسمی نگاشته نشد و کسی که میخواست از احکام شریعت اطلاعی پیدا کند ، میبایست به کتب عمده فقهی و شروح و حواشی و کتابهای فنوی مراجعه نماید .

فتاوی هندی

یکی از کسانی که در قرن یازدهم هجری (هفدهم میلادی) بر جمع فتوی‌ها همت گماشت ، محمد اورنگ زیب بهادر عالمگیر^۲ پادشاه هند بود که مقرر داشت مشاهیر دانشمندان هند به ریاست شیخ نظام ، کتابی جامع کلیه روایاتی که مورد اتفاق همگان و مستند فتاوی بزرگان باشد ، تنظیم کنند و نیز نوادری را که مورد قبول دانشمندان است در آن گرد آورند . این کتاب که به فتاوی هندی یا فتاوی عالمگیر به معروف است و بدان پادشاه منسوب ، در شش جزء بزرگ بصورت هدایه مرغینانی ترتیب یافت . و مانند سایر کتب فقهی در آن کتاب از عبادات و معاملات بحث شده است و یکی از مراجع مشهور فقه حنفی است . این مجموعه تقریباً شبیه رسمی مانند قوانین

۱- الامامة والسياسة از ابن قتيبة (ج ۲ ، ص ۱۵۰-۱۵۹) ، والانتقاء از ابن عبدالب

(ص ۴۱) .

۲- ۱۰۲۸-۱۱۱۸ هـ (۱۶۱۸-۱۷۰۶ م) . شرح حال او را در قاموس الاعلام سامی

بيك (استانبول ۱۳۰۶ هـ ، ج ۴ ، ص ۳۰۴۹) و در الموسوعة الاسلامية زیر عنوان اورنگ زیب (Encyclopedia of Islam, Ve Aurangzeb) ملاحظه فرمائید .

جدید الزامی نبود و نیز در شکل و اسلوب همانند قوانین امروزی نگاشته نشده بود بلکه حاوی مسائل فراوان بود که برخی از آنها حقیقی و برخی بصورت فرضی بودند و در ذیل هر یک از آنها قول یا اقوال مختار و برگزیده بیان شده بود.

قوانین عثمانی

در قرن نوزدهم قوانین تازه اروپائیان بصورت مدون درآمد و دولت عثمانی دریافت که نیازمندیهای زمان مستلزم وضع قوانینی متناسب با وضع حاضر است. در سال ۱۸۵۰ قانون تجارت عثمانی از قانون فرانسه نقل و در سال ۱۸۵۸ قانون اراضی وضع شد. سپس برای تدوین قانون کیفری نیز از قانون فرانسه استفاده شد و بعد با توجه به قانون ایتالیا تعدیلات زیادی در آن معمول گردید و آئین دادرسی بازرگانی در سال ۱۸۶۱ و بازرگانی دریائی در سال ۱۸۶۴ و قانون اجراء در سال ۱۹۰۶ و قوانین پراکنده دیگر از قبیل قانون اموال بی سرپرستان و قانون دادگاههای بخش و اصول دادرسی شرعی و غیره وضع و تدوین یافتند.

بنابراین معظم قوانین عثمانی چه از نظر روح و نصوص و چه از نظر شکل از قوانین خارجی اقتباس شده اند و دولت عثمانی در این خصوص به لزوم جهش در بازرگانی و تطورات اجتماعی توجه داشت و بعضی از مدونات قانونی عثمانی با شریعت اسلام سازگار و برخی دیگر مغایر و مخالف جلوه گر شد.

مثلا در قوانین عثمانی مجازاتهای بریدن دست سارق و یا شلاق زدن و امثال آنها، برداشته شده و با وجود تحریم ربا در شرع بموجب آئین دادرسی مدنی (ماده ۱۱۲) و قانون مراتبه^۱ ربا جائز شمرده شد، که فعلا مجالی برای بسط مطلب نیست و بحث در آن از موضوع ما خارج است.

۱- بماده یکم قانون جدید مراتبه، صادره در سال ۱۸۸۷، رجوع شود.

مظاهر حیات اجتماعی محسوب میشوند و از حرکت زمان و تغییر محیط متأثرند. از این جهت علل دگرگونی قوانین در اختلاف عصر و مصر و گوناگونی عاداتها و تقلیدها و خوشی‌ها و ناخوشی‌های مخصوص امت‌ها و ملت‌ها دیده میشوند. و اما قوانین مختلف نظر بعلمی که هسته مرکزی آنها بشمار میروند و نظر بسبب‌های وجودی خود از جهات عدیده بایکدیگر نزدیکند و از این رو هر گاه به تطبیق و مقایسه این شرایع پردازیم یک سلسله وجوه اشتراك در عین تباین در آنها دیده میشود. وجوه اختلاف و اشتراك قوانین اعم از قدیم و جدید نویسنده را باندیشه تصنیف این کتاب انداخت و این کتاب جز یک مقدمه مختصری از بررسی در امر قانونگذاری اسلامی بر وفق مذهب‌های گوناگون آن و شرایع جدیده نمیباشد.

در نگارش این رساله کوشش فراوان بکار بردم که قضایا را از منابع صحیح و موثق بدست آورم و به لحاظ کثرت و تشتت مراجع مجبور بودم مصادر اصلی را مورد مذاقه قرار دهم و این امر با توجه باینکه چاپ‌های قدیمی بسیار درهم و برهم و روی برگها و ورق‌پاره‌های زرد رنگ بی‌ارزش و با حواشی و هوامش ناخوانا همراه است بسیار مشکل و پر زحمت می‌بود و مطالعه این نوع کتب بقدری سخت و دشوار است که بعضی خواننده‌ها را دلتنگ و بیزار می‌نماید و بدون توجه به گوهر حقیقی آنها به سبب هراسی که از قیافه ظاهرشان دارند رهایشان میکنند.

من به عمل منفی آنان خوشبین نبوده و با آن برگهای زرد پیوند الفت و ارادت بسته‌ام و افتخار میکنم که دل خود را در گرو آنها نهاده و عاشقانه بدنبالشان هستم. چه آنها گنجینه‌های اندیشه بشری بشمار میروند و خزینه مساعی و کوشش‌هایی هستند که گذشتگان ما در میدان دانش بعمل آورده و برگزیده‌ترین و ارزنده‌ترین فکرها را از خود بجای گذارده‌اند و مقصود اصلی من این است که بقدر امکان مکنونات این دفینه‌های زرد رنگ را بیرون بکشم و سپس آنها را با نظریات جدید انطباق دهم و

مجله احکام عدلیه

دولت عثمانی تدوین قانون مدنی را نیز وجهه همت خود قرار داد و انجمنی بنام جمعیت مجله (مجله جمعیتی) مرکب از هفت نفر بریاست احمد جودت پاشا ناظر دیوان احکام عدلیه، برگزید. در ابتداء اعضاء انجمن مزبور عبارت بودند از احمد خلوصی و احمد حلمی از اعضاء دیوان احکام عدلیه و محمد امین جندی و سیف الدین از اعضاء شورای دولتی و سید خلیل بازرس اوقاف و شیخ محمد علاء الدین بن عابدین^۱. و اما در اثناء عمل در شماره اعضاء این انجمن تغییرات و تبدیلاتی راه یافت.

هدف انجمن مذکور «تألیف کتابی بود در معاملات فقهی که دقیق و سهل المأخذ و عاری از اختلافات و نیز محتوی بر اقوال مختار و مشهور باشد که مطالعه آن بر هر فرد آسان شود».

سبب تدوین کتاب مزبور را میتوان از تقریریکه خود انجمن، در سال ۱۲۸۶ هـ (۱۸۶۹ م) به پیشگاه صدراعظم وقت عالی پاشا عرضه میدارد، بدست آورد: «علم فقه دریائی است بیکران و استخراج گوهرها و مرواریدهای آن متوقف بر دارا بودن ملکه کلی و مهارت علمی است، مخصوصاً در مذهب حنفی که دانشمندان بسیاری با استعدادهای متفاوت در آن برخاسته اند. و اختلافهای زیادی در آن مذهب بوجود

۱- شیخ محمد علاء الدین بن عابدین مؤلف قره عیون الاخبار در تکملة رد المختار، پسر محمد امین بن عابدین (متوفی بسال ۱۲۵۲ هـ، ۱۸۳۶ م) مصنف کتاب العقود الدریة فی تنقیح الفتاوی الحامدیة و کتاب رد المختار علی الدر المختار در شرح تنویر الابصار معروف بحاشیه ابن عابدین و غیر آنها میباشد. شیخ محمد علاء الدین در اوائل تکملة خود (ص ۴) میگوید که بعد از قریب سه سال همکاری از جمعیت مجله استعفا داد و به میهن خود، دمشق، شام بازگشت چون دلش «از آتش فراق میهن و خانواده و یاران صدیق تافته شده بود».

آمده است و باوجود این چون فقه شافعی منقح نشده و مسائل آن بصورت پراکنده باقیمانده است پس جدا کردن قول صحیح از میان آنهمه عقاید گوناگون و تطبیق قضایا بر آنها، سخت دشوار است؛ بعلاوه باگذشت زمان مسائلی که برپایه عرف و عادت استوار است در معرض تغییر قرار گرفته است.

انجمن مجله از سال ۱۲۸۵ هـ (۱۸۶۹ م) به کار آغاز کرد و مقدمه و کتاب اول مجله را به شیخ الاسلام و دیگر مقامات عرضه کرد و تهذیب و تعدیلات لازم را در آن بعمل آورد، آنگاه اعضاء جمعیت این کار را میان خود تقسیم کردند و هر گروه بقسمتی پرداختند ولی رئیس انجمن در تنظیم کلیه ابواب شرکت داشت و در سال ۱۲۹۳ هـ (۱۸۷۶ م) کار آنان پایان یافت.

این بود چگونگی تدوین قانون مدنی در کشور عثمانی که به فرمان سلطان عثمانی بنام «مجله احکام عدلیه» انتشار یافت.

محتویات مجله

مجله احکام عدلیه مشتمل بر یک هزار و هشتصد و پنجاه و یک (۱۸۵۱) ماده و منقسم به یک مقدمه و شانزده کتاب است. و مقدمه آن از یکصد ماده فراهم شده که ماده اول در تعریف دانش فقه و تقسیمات آن و بقیه مواد در بیان قواعد کلی و عمومی میباشد.

کتاب های مجله عبارتند از کتاب بیع، کتاب اجاره، کتاب کفالت، کتاب حواله، کتاب رهن، کتاب امانات، کتاب هبه، کتاب غصب و اتلاف، کتاب حجر و اکراه و شفعه، کتاب شرکت، کتاب وکالت، کتاب صلح و ابراء، کتاب اقرار، کتاب دعوی، کتاب بینات و سوگند، کتاب قضاء.

۱- «مجله» در فرهنگ صحیفه ای است مشتمل بر حکمت و نزد عرب هر کتاب را مجله

گویند (لسان العرب، ج ۱۳، ص ۱۲۷).

بطور کلی احکام مجله از کتابهای «ظاهر الروایه» مذهب حنفی گرفته شده و در مواردی که میان امام اعظم و اصحابش اختلاف قول وجود داشته، مجله گفتاری را پذیرفته است که بانیازمندیهای زمان و مصالح عمومی سازگار بوده است. مثلاً در محجوریت سقیمه مجله از نظریه ابو یوسف و محمد شیبانی استفاده کرده و رأی امام اعظم را نادیده گرفته است. و همچنین در عقد «استصناع» قول ابو یوسف را پذیرفته است و نیز در موارد دیگر.

در اندکی از مسائل از محتویات کتابهای «ظاهر الروایه» حنفی اعراض و بمذاهب دیگر توجه شده است. مثلاً در ضمان منافع مال مغضوب، رأی فقیهان متأخر مذهب حنفی که بقول شافعی نزدیکتر است و همچنین قول ابوليث سمرقندی صاحب النوازل را در مورد جواز «بيع وفا» در مال منقول بر قول مذهب حنفی در «ظاهر الروایه» ترجیح داده است.^۱

در برخی مسائل مجله از قول حنفی، شاید بر سبیل خطا عدول کرده است مثلاً در تعریف غبن فاحش، مجله صراحت دارد بر اینکه، این غبن در اموال و امتعه يك بیستم و در بیع حیوانات يك دهم و در غیر منقول يك پنجم یا بیشتر باشد، در صورتیکه بموجب فتاوی مذهب حنفی با توجه به نظریه نصیر بن یحیی باخی غبن فاحش وقتی است که از این اندازه‌ها بیشتر باشد.^۲

بر خلاف فتاوی عالمگیری و دیگر مجموعه‌های فقهی اسلامی، مجله در احکام عبادی و کیفری بحثی نکرده است و مواد آن محدود با احکام فقهی متعلق به معاملات مدنی است.

از نظر تطبیق مجله با قوانین مدنی اروپا نقائصی در آن یافت میشود که اهم

۱- شرح علی حیدر بر ماده ۱۱۸، و رد المحتار علی الدر المختار (ج ۴، ص ۳۴۴).

۲- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج ۲، ص ۱۸۲.

آنها بقرار زیر است : نخست اینکه مجله از احوال شخصیه از قبیل ازدواج و طلاق و نفقه و بنوت و نسب و ولایت و وصایت و حضانت و متفرعات آنها بحث نکرده است مگر در کتاب نهم که از حجر بحثی بمیان آورده و همچنین از احکام ارث و وصیت و مفقود و وقف و نیز از دیگر مطالبی که در قوانین جدید یافت میشود ، بحثی ننموده است . علت اساسی این امر را اختلاف نظرهای زیاد در برخی از مسائل مزبور ، و تعدد ادیان و روش‌های گوناگون در کشور عثمانی و نرزش سیاست دولت وقت در رفتار خود با خارجیهای مقیم کشور عثمانی که در امور مذهبی و احوال شخصیه بآنان آزادی داده شده بود ، میتوان دانست .

تا سال ۱۹۱۷ وضع بدین منوال بود تا دولت عثمانی قانونی در ازدواج و طلاق وضع کرد که در تاریخ ۸ محرم ۱۳۳۶ هـ (۱۳۳۳ ماله) بنام قانون خانواده اعلام شد ، و این قانون گرچه در اصل بر حسب مذهب رسمی حنفی بود ولی در بسیاری از مسائل مانند فساد ازدواج در حال اکراه و بطلان طلاق در حال مستی و با اکراه ، و تفریق زن و شوی در زمان شقاق و نزاع و غیره از مذاهب دیگر اسلامی متأثر شده بود . دو دیگر اینکه در مورد الزامات و عقود نظریه کلی و عمومی در مجله یافت نمیشود . مثلاً می‌بینیم که قواعد ایجاب و قبول که به کلیه عقود تعلق دارد در مبحث بیع درج شده و احکام جرائم مدنی در مباحث غصب و اتلاف پراکنده شده است ...

سه دیگر اینکه مجله از نظریه «عقد فاسد» پیروی کرده است مثلاً برای صحت برخی عقود شرائطی قائل شده که منافی آزادی عقود میباشد و تسهیلاتی را که در برخی از مذاهب دیگر دیده میشود مورد استفاده قرار نداده است . مثلاً در مجله چنین آمده است که : تعلیق ثمن بر امر نامعلوم در مدت نامعین موجب فساد بیع است و همچنین در مجله ، بخلاف مذهب شافعی ، منافع اموال را قابل تقویم و ارزیابی ندانسته ، بهمین جهت غاصب ، ضامن منافع مال مغضوبه نیست مگر در برخی موارد ...

اما این نقص بموجب ماده ۶۴ آئین دادرسی مدنی عثمانی مرتفع شد و با توجه به قانون ۱۵ جمادی الآخر ۱۳۳۲ هـ (۲۸ نisan ۱۳۳۰ ماله و ۱۹۱۴ میلادی) که آزادی همه قراردادهای خصوصی را اعلام کرد کلیه عقود و تعهدات چنانچه مخالف قانون و نظم عمومی و اخلاق و آداب نباشد نافذ و معتبر شمرده شده و بموجب این قانون برای تحقق عقد اتفاق طرفین عقد بر نکات اساسی کافی است، گرچه به ذکر نکات فرعی توجهی نشود، و نیز معامله آنچه را که فعلا وجود ندارد ولی در آینده وجود خواهد داشت، جائز دانست. و تمام اعیان و منافع و حقوقی را که عادت بر دادوستدشان جاری میباشد، در حکم مال قرارداد.

شرح های مجله

مجله احکام عدلیه به هنگام انتشار، توانست خلاء بزرگی را که در عالم قضاوت و معاملات شرعی وجود داشت، پر کند. و مسائل حقوقی را که در کتب فقهی پراکنده و دستخوش فتوی ها و اقوال متعدد و مختلف بودند، بصورت روشن و ثابتی در آورد و رجال قانون را از رنج فهم و تطبیق آنها آسوده ساخت.

تا آنروز رسم بر این بود که متن های مختصر و کتب مهم فقه را شرح کنند و بر آنها حاشیه بنویسند ولی از این پس شرح نگاری به تفسیر معانی و بیان مصادر و ادله مواد مجله منحصر شد.

از مهمترین شرح های ترکی قدیم مجله، میتوان شرح های عاطف بیک و رشید پاشا و جودت پاشا و غیره را نام برد. و از قدیمترین شرح های مجله بزبان عربی شرحی است بنام «مرآة مجله احکام عدلیه» تألیف مسعود افندی مفتی سابق قیصری که بزبان عربی بر متن ترکی نگارش یافته و در سال ۱۲۹۹ هـ (۱۸۸۱ م) در اسلامبول بچاپ رسیده است و حاوی بیان صحیح مآخذ و شرح مختصر و روشنی از مندرجات

مجله است .

سپس مرحوم سلیم رستم باز لبنانی از اعضاء سابق شورای دولتی عثمانی کار او را دنبال کرد و شرح او در سال ۱۸۸۸ بچاپ رسید ، و سپس بارها تجدید چاپ شد .^۱

شرح مزبور کتابی است کلان که فهم آن آسان و عباراتش مختصر است و مآخذ را جابجا نقل کرده است . و این شرح که جنبه عملی آن بیشتر بود ، با آنکه به بیان ادله تفصیلی نپرداخته باز میان حقوقدانان عربی اشتهار یافته و دست بدست میگردید . و آقای یوسف آصاف نیز شرحی بعنوان «مرآة المجلة» در دومجلد نوشت .^۲

اما بزرگترین و برترین شرحی که بر مجله نوشته شده به «دررالحکام شرح مجلة الاحکام» معروف است که مؤلف آن علی حیدر رئیس دیوان عالی کشور عثمانی و امین فتوی و وزیر دادگستری و استاد سابق مجله در دانشکده حقوق اسلامبول بود . این شرح در شانزده جزء است و تقسیمات آن بر حسب تقسیمات مجله میباشد و برخی از مجلدات بزرگ و برخی کوچک و از تفسیر «باز» مفصل تر است . و احکام را بادلّه تفصیلی و منابع و مآخذ بیان کرده است . و بالجمله تفسیری است وافی و بر توانائی و احاطه علمی مفسر و شارح خود دلالت دارد و مورد استفاده شارحان متأخر قرار گرفته و نیز بوسیله استاد فهمی حسینی و کیل دادگستری به عربی ترجمه شده است .^۳

۱- طبع سوم این کتاب در چاپخانه ادبیه بیروت در سال ۱۹۲۳ انجام گرفت و از مرحوم باز شرحهای دیگری نیز بجای مانده است مانند : شرح قانون اصول محاکمات حقوقی ، شرح قانون اصول محاکمات جزائی و شرح قانون جزا و کتاب مرقاة الحقوق .

۲- در مصر بسال ۱۸۹۴ چاپ شده است .

۳- جزءهای این کتاب بطور پراکنده بین سالهای ۱۹۲۵ و ۱۹۳۶ در چاپخانههای *

نخستین شرح از شرح‌های تازه مجله عبارت است از « کتاب الادلة الاصولية شرح مجلة الاحكام العدلية فی قسم الحقوق المدنية » که در تاریخ ۱۹۱۹ توسط استاد محمد سعید مراد الغزی یکی از استادان مدرسه حقوق دمشق نگاشته شد . این شرح مختصر و در سه جزء کوچک و مشتمل است بر مواد کلی و تطبیقی مفید^۱.

محمد سعید محاسنی استاد مجله در مدرسه دمشق در سال ۱۹۲۷ شرح دیگری بر مجله در سه جزء به روش تفسیر علی حیدر نوشت که از کتابهای درسی است و مراجع در آن یاد نشده ولی برخی از قوانین جدید این کتاب مورد بررسی تطبیقی قرار گرفته است^۲. شرح دیگری بخامه محمد خالد اتاسی مفتی اسبق حمص تصنیف و بوسیله فرزندش جناب محمد طاهر اتاسی مفتی سابق حمص اتمام و منتشر شده ، و این شرحی است مفصل ، و کافی و وافی که در شش جزء^۳ ترتیب یافته و در آن منابع فقهی مورد اعتماد ، بیان شده است . و اخیراً نیز شرحی ازسید منیر قاضی رئیس دانشکده حقوق بغداد ، در پنج جزء انتشار یافت که تبویب آن بر وفق موضوعات است نه شماره‌های مواد قانونی^۴.

* حیف و یافا وغزة وقاهره بچاپ رسید و اصل ترکی آن در سال ۱۳۳۰ در چهار جلد در اسلامبول چاپ شد . و علی حیدر راکنایی دیگر است بنام الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية که آنرا در غرة رجب سال ۱۳۳۳ هـ (۱۹۱۵ م) مرتب کرد . و مجله قضائی آنرا در دو جلد سوم و چهارم به عربی ترجمه و انتشار داد (بسال ۱۹۲۳ - ۱۹۲۴ چاپخانه صادر ، بیروت) .

۱- در چاپخانه بطریکیه در سال ۱۳۳۸ هـ ، بچاپ رسیده است .

۲- در موضوع مجله کتاب دیگری از مؤلف نامبرده هست که مختصر بوده ولی بصورت علمی تبویب شده و بنام « موجز فی القانون المدني » چاپ شده است .

۳- در حمص بین سنوات ۱۹۳۰ و ۱۹۳۷ بچاپ رسیده است .

۴- در بغداد در چاپخانه‌های معارف و تفیض الاهلیه بین سالهای ۱۹۳۶ - ۱۹۴۲ *

شرح‌های دیگری نیز بر مجله نوشته شده ولی غالباً به شرح برخی از مواد آن، خصوصاً صد مادهٔ مقدمه اکتفاء شده است و بیان آنها موجب درازای سخن خواهد بود .

فصل نهم

سیر و تطور قانون گذاری در کشورهای شرقی

مجله در روزگار ما

تدوین قوانین در کلیه کشورهای عربی عمومیت داشت و مقررات مجله احکام عدلیه در ترکیه و معظم سرزمین های تابعه آن تا مدتی پس از جنگ جهانی نخست اجرا میشد و از آن پس در ترکیه بطور کلی لغو شد و متدرجاً در لبنان و سوریه ، جز در برخی از مسائل ، ملغی گردید و امروزه تنها در فلسطین و اردن هاشمی و عراق با تعدیلات و تغییرات زیادی اجرا میشود .

در اینجا ناگزیریم به طرح قانون مدنی جدید عراق اشاره کنیم : در سال ۱۹۳۶ انجمنی در بغداد مأمور تهیه قانون مدنی تازه عراق گردید و کار مهم این انجمن این بود که قوانینی بر اساس و پایه نصوص فقه اسلامی تنظیم و مقتضیات اجتماعی

۱- اصولاً مواد مجله هم اکنون در کشور اردن هاشمی اجراء میشود . البته تعدیلات و تغییراتی در آن بکار رفته است ، از قبیل ماده ۶۴ قانون محاکمات حقوقی و قانون تعدیل گواهان مصوبه سال ۱۹۲۸ که بموجب آن قاضی میتواند به بررسی و ارزیابی گواهی پردازد (به روزنامه رسمی شماره ۲۱۱ منتشره در ۶ کانون اول ۱۹۲۸ مراجعه شود).

روز را از قوانین خارجی اقتباس کند و در آن بگنجاند. انجمن مذکور یکی از فقیهان بنام مصر، دکتر سنهوری پاشا را مأمور تهیهٔ پیش نویس این طرح کرد و پس از نگاشتن قسمتی از مواد، زمانی از کار باز ایستاد ولی مجدداً در سال ۱۹۴۲ بکار پرداخت و آنرا بپایان رسانید. انجمن مزبور به ریاست دکتر سنهوری و عضویت عده‌ای از رجال قانون در بغداد هم‌اکنون^۱ به بررسی طرح جدید مشغول است و پس از پایان کار آنرا بمنظور تصویب بپارلمان عراق خواهند برد^۲. اکنون بچگونگی تدوین قوانین در مهمترین کشورهای اسلامی و غربی اشارت میرود:

پاکستان و هند

بموجب آمارگیری سال ۱۹۴۱ جمعیت هند انگلیس پیش از تقسیم به پاکستان و هند در حدود چهارصد میلیون بود که نود و پنج میلیون^۳ آنها مسلمان بودند و اغلب آنان در نواحی بنگال و پنجاب و کشمیر اقامت داشتند و مذهب غالب آنان عبارت بود از: سنی حنفی، پیروی از مذهب سلف، مذهب شیعه^۴ و مذهب شافعی. دولت انگلیس از بادی امر مردم هند را در پیروی از عادات و شرایع خود آزاد گذارد، و در تاریخ ۱۷۷۲ قانونی وضع شد که بموجب آن مسلمانان میبایستی در قضایای ارثی و ازدواج و غیره به قرآن و عادات و احکام قبیله‌ای خود عمل کنند، در نتیجه

۱- مراد موقع تألیف این کتاب است - مترجم.

۲- این اطلاعات از دکتر سنهوری پاشا بدست آمد.

۳- بکتاب ولفرد اسمیت، *Modern Islam in India*، لندن، ۱۹۴۶، ص ۱۵۸،

رجوع شود.

۴- نسبت تعداد شیعیان به همهٔ مسلمانان پاکستان و هند تقریباً به یک سیزدهم میرسد.

به همان مرجع، ص ۳۰۲، رجوع شود.

و جوه اختلاف و اشتراكشان را با پرايهين و استدلالات موافق و مخالف روشن گردانم. و در غالب مراحل تدوين و بحث سعی شد كه هر نظريه با ممانی خود بيان گردد، بدون توجه بمذهب معينی و بدون تعصب در ترجيح و تفضيل رأی، و اين امر بعهده خوانندگان و پژوهندگان گرامی واگذار ميشود.

اميدوارم بدينوسيله بتوانم وجه نظر اسلامی را در امر قانونگذاری بخودی و يگانه بمقتضای حقيقت روشن گردانم و آثار خرابكاريها و تشويشهایی را كه بعضيها در اذهان ايجاد كرده اند بزدایم، اينان عده ای از مستشرقين و پيروان چشم بسته آنان هستند كه در تفحصات خود يا بمراجع اصلی آشنائی ندارند و يا بمنايع غير موثق توجه كرده اند.

علت نابود كردن و تشويه حقايق ثابت علمی هرچه باشد، سهو، شتابزدگی، عدم دقت، نادانی، اعمال غرض وغيره گناهی است نا بخشودنی؛ همچنين اميدوارم اسلوب قانونگذاری غربی را بر مطلعين شريعت اسلامی خصوصاً بر مجله احكام عدليه نزديك گردانم و جوه توافق و تباین دو شیوه تشریعی را در حد امکان واضح كنم.

اين است بالجملة از مقاصد من در تأليف اين كتاب و نسبت بموفقيت خود خرسندم. «ما او تيتيم من العلم الاقليلا».

وسبك و آئين مؤلفين اين است كه تأليفات خود را با پوزش خواهی آغازند و بر خطاها و فراموشكاريهای خود اغماض بخواهند. بنظر من اگر اعتذار آنان بمنظور اظهار فروتنی باشد كه آن درخور من نيست و من بيش از آنان نیازمند اعتذار و طلب شكیمائی بر تحمل خطاها و نقائص واقعی خود در اين كتابم و ناچار يادآور می شوم كه اين كتاب مقدمه ای بيش نيست و اميد است كتاب ديگری را تحت عنوان «نظريه العامة للموجبات والعقود من الشريعة الاسلامية» كه بر وفق مذهبهای مختلف

قضات و رجال قانون در حل و فصل دعاوی مسلمانان ناگزیر بودند برای اطلاع از شریعت اسلام به کتب فقهی مراجعه کنند. از میان کتابهای فقهی حنفی، کتاب هدایه و فتاوی هندیه عالمگیریه و سراجیه^۱ و در فقه جعفری کتاب شرایع الاسلام آوازه یافت. و برخی از کتب مزبور بزبان انگلیسی برگردانده شد. مثلاً هاملتون کتاب هدایه را در سال ۱۷۹۱^۲ و سرویلیام جونز سراجیه را در سال ۱۷۹۲ و بایلی برخی از ابواب فتاوی هندیه و قسمت معظم کتاب شرایع الاسلام^۳ را ترجمه کرد.

و تا اواسط قرن نوزدهم کار بدین منوال ادامه داشت. در این تاریخ دولت در وضع قانونگذاری جنبشی بوجود آورد، و قوانین مختلفی از قبیل قانون الغاء بردگی بسال ۱۸۴۳ و قانون کیفر همگانی و آئین دادرسی کیفری که از سال ۱۸۶۲ بموقع اجرا گذارده شد و قانون گواهی هندی^۴ بسال ۱۸۷۲ و قانون اوقاف بسال ۱۹۱۳^۵ و قانون «شریعت» برای مسلمانان بسال ۱۹۳۷^۶ وضع شد.

این بود وضع قانونگذاری در هندوستان پیش از تقسیم اخیر که جز در مواردیکه با وضع جدید تعدیل‌هائی بوجود آمده بود در بقیه موارد با مسلمانان برطبق احکام شریعت اسلامی رفتار میکردند، خواه بمقتضای نصوص قانونی در احوال

- ۱- السراجیه تألیف سراج محمد سجانندی از فقهاء قرن ششم هجری است که در موضوع فرائض و مواریث شهرت دارد. وسید شریف جرجانی آنرا بنام شریفیه، شرح کرده است.
- ۲- در لندن در چهار جزء بچاپ رسیده و در سال ۱۸۷۰ نیز تجدید چاپ شده است.

۳- *Baillie, Digest of Moohummudan Law.*

۴- *Indian Evidence Act.*

۵- ویلسون، جامع الشریعة المحمدية الانكليزية *Digest of Anglo Muhammadan*

Law، کلکته، ۱۹۲۱، ص ۴ و ۲۱-۴۸.

۶- *Shariat Act, 1937*. به کتاب مبایة الشریعة المحمدية تألیف سید ملا

Principles of Mohamedan Law، کلکته، ۱۹۳۸، ص ۳ و بعد آن.

شخصیه و خواه بمقتضای عرف و عادت در مواردی از قبیل شفعه و غیره . با وجود این دادرسان در تطبیق احکام شرع چندان در بند اقوال فقیهان نبودند ، بلکه گاهی با تأثر از روش حقوقی انگلستان و تطور مقتضیات جدید ، تفاسیر خود را توسعه میدادند .^۱

در اینجا ناگزیر از بزرگداشت نهضتی هستیم که پیش از تجزیه اخیر در هندوستان پدید آمد و عده ای از رادمردان پاک نهاد مسلمان مانند احمدخان بهادر (۱۸۱۷-۱۸۹۸) بنیان گذار دانشکده علیگره بسال ۱۸۷۵ که در سال ۱۹۲۰ به دانشگاه اسلامی مبدل شد وقاضی مشهور شیعه سید امیر علی (۱۸۴۹-۱۹۲۸) صاحب تألیفات معروف بزبان انگلیسی ، از جمله کتاب روح الاسلام^۲ منتشره بسال ۱۸۹۱ و شرع محمدی^۳ که بسال ۱۸۹۲ منتشر شد ، و شاعر بلند آوازه محمد اقبال (۱۸۷۶-۱۹۳۸) بر انگیزنده شورش اجتماعی اخیر و صاحب کتاب محاضرات ششگانه در اساس فکر دینی در اسلام^۴ ، بپا خاستند و مردم را به اصلاح اجتماعی و آزادگی از تقلیدهای کور کورانه و پاره کردن بندهای نادانی و بازگشت به روح شریعت و احراز مبادی دموکراسی فراخواندند .^۵

۱- عبدالرحیم ، الشریعة المحمدیة (*Muhammadian Jurisprudence*) ، چاپ مدراس بسال ۱۹۱۱ ، ص ۴۲-۴۴ .

۲- *The Spirit of Islam* . چاپ پنجم آن در لندن بسال ۱۹۴۹ انجام یافت .

۳- *Mahommedan Law* . که از دو جزء تشکیل یافته ، بار اول در کلکته بسال ۱۸۹۲-۹۴ بچاپ رسید وبعد بارها تجدید چاپ شد . و چاپ پنجم از جزء دوم آن در سال ۱۹۲۹ است .

۴- *Six lectures on the reconstruction of Thought in Islam* ، لاهور ، ۱۹۳۰ .

۵- رجوع شود به کتاب ولفرد اسمیت مذکور (ص ۱۵ و ۴۷ و ۹۸) و کتاب رتشد سایموندس (پیدایش پاکستان *The Making of Pakestan* ، لندن ، ۱۹۴۹ ، ص ۲۸-۳۷) .

نهضت دیگری نیز با قیام میرزا غلام احمد قادیانی (۱۸۳۹-۱۹۰۸) صورت گرفت. او نیز مردم را بسوی یگانگی و اصلاح دعوت کرد ولی در سال ۱۸۸۹ مدعی شد که همومهدی منتظر و مسیح موعود است و این ادعا برای او، در جهان اسلام تأثیر نامطلوبی ایجاد کرد.^۱ و پس از مرگ او پیروانش دو قسمت شدند: یکی فرقه قادیانیه که به پیامبری بنیان گذار اصلی و به پیشوائی جانشین او معتقد ماندند، و دیگری فرقه لاهوریه که امروزه به جمعیت احمدیه معروف است و افراد آن به اشاعه اسلام مشغولند. این گروه متشکل از مردانی آزاد اندیش است که به نبوت مؤسس مذهب قادیانی ایمان ندارند و هم اکنون رهبری آنان با مولانا محمد علی است. و نمایندگان و مبلغان این فرقه و شعبات آن در اغلب شهرهای مغرب زمین فعالیت میکنند.^۲

بدون تردید نهضت علمی اصلاحی مزبور، نهضتی سیاسی به ریاست قائد اعظم محمد علی جناح بدنبال داشت که خواهان تأسیس یک دولت اسلامی مستقل بود. این جنبش انقلابی سخت در پی داشت که در نتیجه هند به دو دولت تقسیم گردید: اولی بنام بهارات یا هندوستان یا هند با اکثریت هندو و دومی پاکستان یا جایگاه پاکان که نزدیک هشتاد و دو میلیون و اندی^۳ نفوس دارد و اکثرشان مسلمانند و از دو قسمت تشکیل یافته است.^۴ پاکستان غربی شامل سند و بلوچستان و پنجاب غربی و ایالت

۱- رجوع شود بمجله المنار (سال ۱۳۴۴ هـ، ص ۵۵ و سال ۱۳۴۶، ص ۵۴۳) و رساله آقای محمد خضر حسین (قاهره، ۱۳۵۱ هـ).

۲- کتاب اسمیت مذکور (ص ۲۹۸ و بعد) و کتاب گیب، *Mohammedanism Gibb* (اکسفورد، ۱۹۴۹، ص ۱۸۶-۱۸۷).

۳- بموجب آمارگیری رسمی سال ۱۹۴۹ در نشریه وزارت اقتصاد پاکستان بسال ۱۹۵۰، ص ۸.

۴- مساحت پاکستان شرقی پانزده صدم از مساحت کل پاکستان ولی جمعیت آن پنجاه و هفت صدم جمعیت کشور است (همان مرجع).

مرزی شمال غربی و ولایت بهاولپور و دیگر ولایات و سرزمینهای عشایر نشین . و پاکستان شرقی که از بنگال شرقی تشکیل یافته است . خلیج بنگال و سرزمین وسیعی از اراضی هندوستان ، پاکستان خاوری را از باختری جدا میسازد . و ایالت کشمیر تا کنون مورد نزاع و اختلاف میان دو دولت هند و پاکستان است .

در چهاردهم آب ۱۹۴۷ پاکستان بعنوان يك دولت مستقل تشکیل شد و روز بعد این دولت خود را دومینون و عضو کشورهای مشترک المنافع اعلام کرد و بنابراین شد که جمعیت مؤسسان قانون اساسی را تدوین کند و نظام حکم را معین دارد . در شباط ۱۹۴۹ جمعیت مزبور هدف های نهائی خود را اعلام کرد و مبادی دموکراسی و آزادی و مساوات و جوانمردی و دادگری اجتماعی را که با تعالیم اسلامی سازگار میدانست ، در آن گنجاند . و بمناسبت استقلال پاکستان بدین مطلب نیز ناگزیر باید اشاره کرد که جزائر هند شرقی هلندی نیز که اهم آنها عبارتند از جاوه و سوماترا در ۱۷ آب ۱۹۴۹ بنام جمهوری اندونزی استقلال و حریت خود را اعلان کرد و سپس بتاريخ ۲۷ کانون اول سال ۱۹۴۹ ، کنفرانس لاهه ، استقلال آنرا بنام کشورهای متحدۀ جمهوری اندونزی شناخت . امروز اندونزی هفتاد و پنج میلیون نفر جمعیت دارد که اکثر آنها مسلمان و شافعی مذهبند . و برخی از احکام شریعت آمیخته با عرف و عادت محلی بویژه در مورد احوال شخصیه بین آنان جاری است .

مصر

نفوس مصر تقریباً بیست میلیون و اکثرشان مسلمانند و غالب آنان شافعی مذهبند ، و این امر طبیعی بنظر میرسد چه امام شافعی مذهب جدید خود را در مصر انتشار داد .

پیش از دوران حکومت اسماعیلیه بر مصر مذهب شافعی مذهب دادرسی بود و سپس

در زمان حکومت ابوبیان مجدداً مذهب قضاء بشمار میرفت و این امر تازو زگار حکومت ظاهر بیروس ادامه داشت ولی بیروس قضاوت را بر حسب هر یک از چهار مذهب شافعی و مالکی و حنفی و حنبلی با حفظ تقدم و اولویت برای قاضی شافعی رسمیت داد. و امر بر این منوال بماند تا در زمان تسلط عثمانیان که دادرسی بر حسب مذهب حنفی انجام میگرفت و تا امروز دادرسی شرعی در این کشور بر همان روش است.

در دوران حکومت عثمانی دادگاههای نظامی بوجود آمد و دائره صلاحیت دادگاههای شرعی تنگتر گردید. در مصر بعلم سیاسی مجله احکام عدلیه مورد عمل قرار نگرفت و استقلال قضائی و اداری مصر در زمان اسمعیل پاشا بنا بر فرمان خدیو مصر در تاریخ جمادی الاولی ۱۲۹۱ هـ (۱۸۷۴ م) اعلام شد.

سپس در تاریخ ۱۸۷۵ برای رسیدگی حقوق بیگانگان در مصر قانون مدنی و دادگاههای مختلط در آن کشور بوجود آمد و بعد در سال ۱۸۸۳ دادگاههای بنام «محاکم اهل و قانون مدنی اهل و قوانین مختلط مختلف مدنی تنظیم یافت و لوایح زیادی هـ-م در مورد ترتیب دادگاههای شرعی تصویب و صلاحیت دادگاههای شرعی فقط باحوال شخصیه و متفرعات آن^۱ منحصر شد.

در مصر نیز جنبش اصلاحی تازه ای بنام نهضت سلفیه یا مذهب سلف صالح برهبری سید جمال الدین افغانی (۱۸۳۹-۱۸۹۷) و شاگردش استاد امام شیخ محمد عبده (۱۸۴۹-۱۹۰۵)^۲ مفتی مصر که خداوند هر دو را غرق آمرزش کناد بوجود آمد و مبادی آن بوسیله کتابها و سخنرانیه و مقالات نشر گردید که مهمترین آنها مجله

۱- رجوع شود بکتاب گودی (Goadby's Introduction to the Study of Law) لندن، ۱۹۲۱، ص ۱۶۲ و ما بعد آن. و تاریخ القضاء فی الاسلام از آقای عرنوس (صفحه ۱۰۳-۱۱۱ و ص ۱۹۶ و بعد).

۲- مراجعه شود به «تاریخ الاستاذ الامام الشیخ محمد عبده» از آقای محمد رشید رضا. چاپخانه المنار، ۱۹۳۱.

المنار بود که در سال ۱۸۹۷ در قاهره بدست آقای محمد رشید رضا تأسیس شد . هدف های مذهب سلفیه رجوع بقرآن وسنت وجنگ با خرافات وبدعت های مخالف دین وهر گونه جمود فکری و تقلید کور کورانه بود . بلی «مقلدین هرامت سایه های بیجانی از دیگران ، وسبکسر و بیمقدار و دست آویز دشمنانند ، وحواس و قوای دراکه آنان فرود گاه دیسه ها ونشیب گاه وسوسه ها است ، و دل های شان پراز بزرگداشت کسانیت که افسار به گردنشان انداخته اند وبه هر طرف میکشندشان . بالنتیجه غیر آنان را خرد می شمارند ونسبت به ابناء نوع خود نامیمون وبدپندارند ، وکار واعمال آنان را خوار وسبک میدانند »^۱ .

بنابر این مذهب سلفی بامذهب وهابی بامذهب جدید حنبلیان^۲ نزدیک است چه این دو مذهب به کتاب وسنت قابل اعتماد استوار است واجتهاد را بر این اساس و پایه میدانند ، بی آنکه خود را به آراء برخی از فقیهان مقلد قشری مقید سازند . مذهب سلفی معتقد است که باید مذاهب مختلف اسلامی را متحد کرد ؛ نه اینکه به یکی از مذاهب تمسک جست . چه «ملت اسلام نمیتواند بار تقلید ... مقلدین هر مذهب بخصوصی را بدوش بکشد ویا مصالح اقتصادی و خانوادگی وزناشوئی خود را منوط به فهم آنان از کتب مذهب بخصوصی در سختی ها و آسانیهای آن نماید»^۳ و همچنین پیروان این مذهب شریعت اسلامی را با تمدن های تازه سازگار دانسته وبسیاری از داد وسندهائی را که باقتضاء نیازمندیهای بازرگانی روز پدیدار گشته ، جائز می شمارند

۱- العروة الوثقی چاپ مطبعه اهلیه ، بیروت ، ۱۹۳۳ ، ص ۶۶ . این مجله هفتگی بوسیله سید جمال افغانی وعبد در پاریس تنظیم می یافت ودر مدت هشت ماه ، هیجده عدد از آن منتشر شد .

۲- رجوع شود به المنار ، سال ۱۳۴۵ ه ، ص ۳ .

۳- المنار ، همان سال ، ص ۱۵۸ .

چهارم معتقدند که: «در مقام تعارض عقل و نقل اولی مرجع و مقدم است». این معنی با گفتار ابن تیمیه نیز سازگار است: «احادیث صحیح در شرع اسلام همیشه با مقتضای عقل موافق است»^۱.

بر اثر همین جنبش خجسته بود که رئیس دانشگاه الازهر مرحوم شیخ محمد مصطفی مراغی (متوفی بسال ۱۹۴۵) دست باصلاحاتی زد و به توجیه مسائل پرداخت و آثار پسندیده‌ای در عالم تشریع و تحقیق و نشر از خود بجای گذاشت و گروهی از دانشمندان را بنمایندگی خود به کنفرانس بین‌المللی در مورد حقوق تطبیقی بناریخ آب سال ۱۹۳۷ فرستاد. این نمایندگان مسئولیت‌های جزائی و مدنی را در شریعت اسلام تشریح کردند و استقلال گوهری شریعت اسلامی و شایستگی آنرا در تطبیق با نهمدهای جدید اجتماعی، بدون هیچگونه تأثر از حقوق روم، مورد تأیید قرار دادند. لذا اساس مذکور معتبر شناخته شد و مقرر گردید که قوانین اسلام با نیازمندیهای زندگی حاضر سازگار است و نیز در کنفرانس مزبور قرار بر این شد که در کنفرانس‌های آینده به هنگام بحث در مسائل مربوط به شرع اسلامی، علاوه بر زبانهای دیگر بزبان عربی نیز کنفرانس داده شود.

و همچنین انجمنی به ریاست مرحوم شیخ مراغی و عضویت گروهی از جمله حضرت شیخ عبدالمجید سلیم مفتی مصر و شیخ فتح‌الله سلیمان رئیس قضاات مصر تشکیل شد و کار این انجمن اصلاح و تدوین قانون احوال شخصیه بر وفق حاجات زمان با توجه باصول معتبره در جمیع مذاهب اسلامی بدون تقید بمذهب مخصوصی بود.^۲

۴- کتاب الاسلام والنصرانیة مع العلم والمدنیة از شیخ محمد عبده، چاپخانه المنار،

سال ۱۳۵۰ هـ، ص ۵۶.

۱- تاریخ التشریع الاسلامی از سبکی و رقایش (قاہرہ ۱۹۳۹، ص ۳۵۱ و بعد).

مراجعه کنید به سخنرانی حضرت شیخ مراغی هنگام افتتاح جلسات این انجمن در کتاب القضاء*

چون اسمعیل پاشا خدیو مصر از روی علاقه‌ای که به استقلال و حریت مصر داشت، عمل به مجله عثمانی را منع کرد، و شیخ مخلوف منیاوی را به تطبیق دادن قانون فرانسه با مذهب مالک، مکلف ساخت و کتابی بزرگ در این زمینه تألیف شد و موارد موافقت و مطابقت این دو قانون با یکدیگر مورد بحث قرار گرفت. ولی تهیه و وضع قانون مدنی مصر که مقتبس از قانون مدنی ناپلئون بود مسایه اعتراض شدید گروه محافظه کاران شد و برخی از آنان در مقام اثبات بی‌نیازی باین امر برآمدند و مرحوم قدری پاشا کتاب «مرشد الحیران الی معرفة احوال الانسان» را بشکل قانون مدنی جدید با توجه با اصول مذهب حنفی تألیف کرد^۱.

از آن پس چون حکومت مصر گروهی را برای تبادل نظر در قوانین مدنی و تعدیل آنها برگزید، افکار میهن دوستی بیدار شد و گروهی از دانشمندان^۲ اصول قانونگذاری جدید را مورد اعتراض قرار دادند و آنرا با روحیه مردم، بیگانه تشخیص دادند و بباد انتقاد گرفتند. و خواستار آن شدند که قوانین شرع اسلام که سیزده قرن بر مردم سابقه حکومت داشت، اساس و پایه قانونگذاری قرار گیرد، چه شریعت مزبور با مفاخر ملی و زبان عربی چنان جوش خورده و گنج‌هایی از مظاهر قومی را

* فی الاسلام از آقای عطیه مصطفی مشرفه (مصر، ۱۹۳۹، ص ۷۸-۸۰). و همچنین به نشریه فصلی جمعیت حقوق تطبیقی *Bulletin Trimestriel de la Société de législation comparée* سال ۱۹۳۷، ص ۳۵۶-۳۵۷ رجوع شود.

۱- این کتاب مشتمل بر ۱۰۴۵ ماده است. کتابهای قانون الاحوال الشخصية المصری- که بدان اشارت خواهد شد - و قانون العدل والانصاف علی مشکلات الاوقاف شامل ۶۴۶ ماده، از تألیفات قدری پاشا است.

۲- از قبیل شیخ محمد سلیمان نائب دادگاه عالی شرعی در رساله خود و بای شرع نحکم، (قاهره، ۱۹۳۶ م) و شیخ احمد محمد شاکر در رساله خود «الشرع واللغة»، (قاهره، ۱۹۴۴)، و آقای محب الدین خطیب و دیگران.

در بر گرفته است که از هر جهت با تمدن جدید و نهضت ملی سازگاری و مناسبت دارد. و از این راه میتوان خود را از نفوذ بیگانه آزاد کرد و مصر را به پیشوائی شرق رساند، زیرا قوانین شریعت اسلام با خواسته‌های افراد ملل اسلامی سازگار است و این سازگاری برای موفقیت هر قانون لازم و بایسته است.

حکومت مصر تدوین احکام شریعت را در احوال شخصیه بر مبنای مذهب حنفی به محمد قدری پاشا واگذار کرد و او قانونی در ۶۴۷ ماده شامل مباحث ازدواج و طلاق و حقوق اولاد و وصایت و حجر و هبه و وصیت و ارث تدوین کرد. این قانون در دادگاه‌های شرعی مصر و دیگر ممالک اسلامی ملجأ و مرجع دادرسی شناخته شد.^۱

باستناد ماده ۲۸۰ لایحه محاکم شرعی مصوب سال ۱۹۱۰ در مصر مذهب حنفی بر دیگر مذاهب رجحان داشت و میبایست مورد عمل قرار گیرد ولی قانون شماره ۲۵ صادره در سال ۱۹۲۰ این موضوع را تعدیل کرد، و در مسائل معینی از ابواب نفقه و عده و احکام مفقود عمل بمذاهب مالکی و شافعی و غیره را نیز جائز شمرد.

همچنین کشور مصر، همواره در مدونات شرعی جدید خود پای بند بمذهب ابوحنیفه نبود، و قانون موارث مصوبه ششم آب سال ۱۹۴۳ گرچه اساساً مبتنی بر کتاب قدری پاشا نوشته شده بود، در برخی از مسائل با آن بمخالفت پرداخت و از مذهب شافعی پیروی کرد، از جمله در این مسأله که اختلاف محل اقامت (اختلاف الدارین) حتی نسبت بمردم غیر مسلمان نیز از موانع ارث بشمار نمیرود.^۲ و همچنین

۱- از مرحوم شیخ محمد زیدیک ایبانی شرح معتبری بر این قانون در سه جزء باقی

مانده است.

۲- در این مسأله فلسطین در قانون ارث خود مصوبه ۸ آذار ۱۹۲۳ و لبنان در قانون

مصوبه ۱۸ حزيران ۱۹۲۹ و سوریه در فرمان دولتی شماره ۱۸۳۳ مورخ ۶ شباط ۱۹۳۰

(که مورد تأیید مقامات فرانسوی بموجب قرار شماره ۱۲۴۵ صادره ۸ شباط سال ۱۹۳۰ *

بموجب قانون جدید وقف مصوب سال ۱۹۴۶ بخلاف مذهب حنفی، حق رجوع از وقف برای واقف وافر از مورد وقف و نیز تعیین مدت برای وقف جایز شده و نصاب وقف جایز شده شد، و نصاب وقف به غیر وارث به ثلث محدود گشت. و بموجب قانون وصیت جدید صادره در ۲۴ حزیران ۱۹۴۶ وصیت بنفع وارث و همچنین وصیت درباره بازماندگان فرزندی که همزمان با موصی یا زمان حیات موصی وفات یابد، جایز شده شد.

اما از نظر قانونگذاری مدنی بدو در سال ۱۹۳۶ هیئتی برای تنقیح قانون مدنی مصر تشکیل یافت و سپس در سال ۱۹۳۸ هیئتی دیگر و بعد در پایان همان سال هیئت سومی به ریاست دکتر عبدالرزاق سنهوری پاشا تشکیل شد. انجمن مذکور پس از دو سال کار خود را پایان رساند و در دنباله آن پادداشتهای پرارزشی در توضیح قوانین مزبور منتشر ساخت.

قانون تازه از سه منبع الهام گرفته بود: حقوق تطبیقی، اجتهادات دادگستری مصر، و شریعت اسلام.

نظریه سوء استفاده از حق، مسئولیت عدم تشخیص و تمیز، حواله دین، مبدأ حوادث و پیش آمدهای ناگهانی، احکام بیمار مشرف بمرگ، غبن، شمول مرور زمان، شفعه، هبه، و غیر آن از احکام تفصیلی^۱ از شریعت گرفته شد. پس از تصویب، قانون مذکور در ۱۶ تموز سال ۱۹۴۸ منتشر شد و مقرر گردید که از ۱۵ تشرین ۱۹۴۹ مورد عمل قرار گیرد. این قانون مشتمل بر ۱۱۴۹ ماده بود و در نخستین ماده آن چنین دستور میدهد که هنگام نبودن نص یا اصل عرفی، شریعت

* قرار گرفته بود) از مذهب شافعی پیروی کردند.

۱- رجوع کنید به خطابه دکتر سنهوری که راجع باین قانون در انجمن پادشاهی جغرافیائی کشور مصر در ۲۴ نیسان ۱۹۴۲ ایراد شده و در مجله قانون و اقتصاد سال ۱۲، ص ۵۵۱-۵۷۰ انتشار یافته است.